Die Erbengemeinschaft im Zivilprozess (unter besonderer Berücksichtigung der neuen zürcherischen Zivilprozessordnung)

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

URS ANDREA NATER

von St. Moritz GR

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

1978

aku-Fotodruck

Zürich

1979

Die Erbengemeinschaft im Zivilprozess (unter besonderer Berücksichtigung der neuen zürcherischen Zivilprozessordnung)

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

URS ANDREA NATER

von St. Moritz GR

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

1978

aku-Fotodruck

Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 12. Juli 1978

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

MEINEN LIEBEN ELTERN

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
1. Kapitel	DIE ERBENGEMEINSCHAFT	1
	1. Die Entstehung der Erbengemeinschaft	1
	2. Die Erbengemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand	3
	a) Geschichtliches	3
	b) Der Begriff der Erbengemeinschaft	4
	3. Die einzelnen Mitglieder der Erbengemeinschaft	10
	a) Im Allgemeinen	10
	b) Natürliche Personen	12
	c) Juristische Personen	15
	d) Die Substitution eines Erben durch die Behörden	16
	4. Die Erbengemeinschaft als notwendige Streitgenossenschaft	18
	a) Begriff der notwendigen Streitgenossenschaft	18
	b) Bundesrecht und kantonales Recht	22
	c) Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft im Falle der Erbengemeinschaft	23
2. Kapitel	DIE VERTRETUNG DER ERBENGEMEINSCHAFT IM ALLGEMEINEN UND IM PROZESS	25
	I Arten	25
	1. Die rechtsgeschäftliche Ernennung eines Vertreters durch die Erbengemeinschaft	25

2. Die Vertretung durch den amtlich bestellten Vertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB 28

3. Die Vertretung durch den amtlichen Erbschaftsverwalter gemäss Art. 554 ZGB 32

4. Die Vertretung durch den Willensvollstrecker gemäss Art. 517 f ZGB 36

5. Die Vertretung durch den amtlichen Liquidator gemäss Art. 593 ff ZGB 41

II Die Notwendigkeit und Wirkung der Vollmacht 46

1. Für den rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter 46

2. Für den gesetzlichen Vertreter 49

III Die Vertretung durch einen Miterben ohne Vollmacht in Dringlichkeitsfällen 52

3. Kapitel DIE ERBENGEMEINSCHAFT IM PROZESS MIT DRITTEN 56

I Der Gerichtsstand 56

1. Im Aktivprozess 56

2. Im Passivprozess 56

a) Klage gegen die Erbengemeinschaft 58

b) Klage gegen die einzelnen Erben 62

c) Besondere Gerichtsstände für Klagen gegen die Erbengemeinschaft 62

II Die Sachlegitimation 71

III Die Einrede mehrerer Streitgenossen 74

IV Streitverkündung und Nebenintervention 76

V Die Erbengemeinschaft im Verfahren 77

1. Allgemeines 77

2. Einzelprobleme 79

a) Zustellungen 79

b) Versäumnis 79

c) Besondere Angriffs- und Verteidigungsmittel 82

d) Rechtsnachfolge und Uebergang der Prozessführungsbefugnis im Prozess 83

e) Zugeständnisse 84

f) Klageanerkennung, Klagerückzug und Vergleich 84

g) Kostentragung und Entschädigungen 85

VI Urteil und Rechtskraft 87

VII Rechtsmittel 88

4. Kapitel DIE ERBENGEMEINSCHAFT IN ERBRECHTLICHEN STREITIGKEITEN 90

I Einleitung 90

II Die Ungültigkeitsklage 91

1. Begriff und Wesen 91

2. Die Verjährung der Ungültigkeitsklage 93

3. Der Gerichtsstand der Ungültigkeitsklage 95

4. Die Aktivlegitimation 96
a) Im Allgemeinen 96
b) Die Aktivlegitimation der Erben 97

5. Die Passivlegitimation 99
a) Im Allgemeinen 99
b) Die Passivlegitimation der Erben 100

6. Die Beweislast 100

7. Urteil und Rechtskraft 101
a) Zeitpunkt der Wirkung 101
b) Die Wirkung in persönlicher Hinsicht 102

III Die Herabsetzungsklage 109

1. Begriff und Wesen 109

2. Der Gerichtsstand der Herabsetzungsklage 111

3. Die Aktivlegitimation 111

4. Die Passivlegitimation 113
a) Im Allgemeinen 113
b) Die Passivlegitimation der Erben 115
c) Die Notwendigkeit zur Streitgenossenschaft im Falle mehrerer passiv Legitimierter 115

5. Die Beweislast 116
a) Des Klägers 117
b) Des Beklagten 118

6. Urteil und Rechtskraft 119
a) Die Bedeutung des Urteils 119
b) Der Zeitpunkt der Wirkung 120
c) Die Wirkung in persönlicher Hinsicht 121

IV Die Erbteilungsklage 122

1. Abgrenzung 122

2. Begriff und Wesen 123

3. Doppelseitige Klage oder Widerklage? 125
a) Widerklage 126
b) Doppelseitige Klage 128

4. Die Voraussetzungen für die Erbteilungsklage 129
a) Bestehen einer Erbengemeinschaft 129
b) Bekanntsein aller Miterben 130
c) Vorhandensein einer Erbschaft 130
d) Abwesenheit von Teilungshinderungsgründen 131

5. Der Gerichtsstand der Erbteilungsklage 132

6. Die Aktivlegitimation 132

7. Die Passivlegitimation 134

8. Das Rechtsbegehren 136

9. Die Stellung des Richters im Erbteilungsprozess 138

10. Urteil und Rechtskraft 141

Literaturverzeichnis 143

Abkürzungen 148

Erstes Kapitel

D I E E R B E N G E M E I N S C H A F T

1. Die Entstehung der Erbengemeinschaft

Aus der natürlichen und rechtlichen Persönlichkeit des Menschen ergibt sich die Möglichkeit, an vielen Rechtsbeziehungen beteiligt und dadurch Träger eines Vermögens zu sein. Mit dem Tod endet seine rechtliche Persönlichkeit, Art. 31 Abs. 1 ZGB, und sein Vermögen wäre dadurch seines Subjektes beraubt. Damit dieser Zustand nicht eintreten kann [1], bestimmt das Gesetz, dass dieses Vermögen mit dem Tode seines vormaligen Subjektes automatisch auf einen bestimmten Personenkreis übergeht, Art. 560 ZGB. Es bezeichnet diese Personen im einzelnen als Erben und fasst sie - da es auch mehrere sein können und in der Regel auch sind [2] - in der Erbengemeinschaft zusammen [3], Art. 602 Abs. 1 ZGB.

---

1) Die Erbschaft kann in der Regel nicht selbständiges Rechtssubjekt sein, ausgenommen im Steuerrecht und im SchKG.

2) Seiner Systematik zufolge geht das ZGB jedoch von der Alleinerbfolge aus. ZGB, 3. Teil "Das Erbrecht"

3) Vgl. TUOR, zum ZGB, S. 809 N. 1

Der Grundsatz des ipso-iure-Erwerbes, welcher in Art. 560 ZGB statuiert wird, ist für den Alleinerben einerseits und eine Mehrheit von Erben, die Erbengemeinschaft andererseits, derselbe. Der Uebergang in das individuelle Eigentum vollzieht sich jedoch in verschiedener Weise. Im ersten Falle wird der Alleinerbe unmittelbarer Eigentümer der Erbschaft, im zweiten Falle wird vorerst die Erbengemeinschaft Eigentümerin der Erbschaftssachen [1]. Durch Art. 602 Abs. 1 ZGB wird der einzelne Miterbe ohne seinen Willen und oft auch ohne sein Wissen zum Mitglied der Erbengemeinschaft, denn diese entsteht von Gesetzes wegen.

Parallel zum Grundsatz des ipso-iure-Erwerbes von Art. 560 ZGB kann also auch vom Grundsatz einer ipso-iure-Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft gemäss Art. 602 Abs. 1 ZGB gesprochen werden, falls der Erblasser mehrere Erben hinterlässt. Dadurch ist die Entstehung derselben in zeitlicher und personeller Hinsicht eindeutig festgelegt. Aus diesem Grunde ist eine persönliche Beziehung der Beteiligten nicht von Bedeutung, obwohl eine solche in den meisten Fällen durch die Verwandschaft trotzdem gegeben sein wird.

Dem Zwang der Gebundenheit in der Erbengemeinschaft kann der einzelne Erbe dadurch entgehen, dass er mit dem Erblasser einen Erbverzichts- oder Erbauskaufsvertrag abschliesst [2], oder dadurch, dass er nach dem Erb-

---

1) ESCHER, zum ZGB, Art. 602 N. 1
TUOR, zum ZGB, Art. 560 N. 1

2) Art. 495 ZGB, vgl. TUOR, zum ZGB, Art. 495 N. 1

falle die Erbschaft ausschlägt [1] oder seinen Erbteil einem Miterben abtritt [2]. Dadurch verliert er seine Erbeneigenschaft und damit seine Zugehörigkeit zur Erbengemeinschaft. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass der Eintritt der Erbunwürdigkeit den Verlust der Erbenqualität zur Folge hat.

2. Die Erbengemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand

a) Geschichtliches

Wie wir gesehen haben, entsteht die Erbengemeinschaft mit dem Ableben des Erblassers, ohne den Willen der Erben. An sich wäre dies schon in Art. 560 ZGB statuiert. Trotzdem hat der Gesetzgeber noch den Art. 602 ZGB geschaffen, um die entstandene Gemeinschaft unter den Miterben noch eingehender zu bestimmen [3]. Dabei hatte man sich für die Gemeinschaft deutschrechtlichen Ursprunges entschieden, bei welcher der einzelne Gemeinschafter nicht über sein Teilrecht verfügen kann, über eine gemeinsame Sache noch viel weniger. Als Gegensatz dazu gibt es die Gemeinschaftsform römisch-rechtlichen Ursprungs, bei welcher der Gemeinschafter über sein Teilrecht alleine verfügen kann. Der Name "Gemeinschaft zur gesamten Hand" illustriert sich in dem ursprünglichen

---

1) Art. 566 Abs. 1 ZGB, vgl. TUOR, zum ZGB, Vorbemerkung zu den Art. 566 ff.N. 1

2) Art. 635 Abs. 1 ZGB, TUOR, zum ZGB, zu Art. 635 N. 22

3) Erläuterungen zum ZGB I, 17. Titel, S. 457

Symbol der sich gegenseitig ergreifenden Hände. Bei der Wahl zur Gemeinschaft deutschrechtlichen Ursprunges ist der Bundesgesetzgeber von zahlreichen kantonalen Kodifikationen abgewichen, welche vor dem Inkrafttreten des ZGB die Gemeinschaft römischrechtlichen Ursprunges kannten.

b) Der Begriff der Erbengemeinschaft

Verschiedene Gesetze in der Schweiz kennen Gesamthandsverhältnisse, wobei diese im Einzelnen verschiedenartig ausgestaltet sind. So kennt z. B. das Obligationenrecht die einfache, die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft; das SchKG die Gläubigergemeinschaft und das ZGB die eheliche und fortgesetzte Gütergemeinschaft, die Gemeinderschaft und eben auch die Erbengemeinschaft.

Im Grundriss ist die Gemeinschaft zur gesamten Hand so ausgestaltet, dass die Beteiligten in ihrer Gesamtheit Subjekt der Rechte und Pflichten sind, ohne dass die Gemeinschaft zur juristischen Person wird. TUOR [1] bezeichnet die Stellung des einzelnen Mitgliedes, die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten und Anwartschaften als Anteile. Er betont jedoch, dass diese Anteile nicht mit den Anteilen einer Bruchteilsgemeinschaft zu verwechseln sind. Nach ihm verkörpert ein Anteil z. B. eines Miterben das Recht auf Miteigentum, Mitbesitz, Mitverfügung,

---

1) TUOR, zum ZGB, Vorbemerkungen zu Art. 602 N. 9

Mitverwaltung und Mitgenuss; auf Mitsprache bei der Bestellung eines Vertreters und bei der Teilung; auf Begehren zur Aufhebung der Gemeinschaft und zur Sicherstellung.

Die Erbengemeinschaft unterscheidet sich jedoch in verschiedenen Punkten erheblich von den übrigen Gesamthandsverhältnissen. Da diese Arbeit auf die Probleme im Zusammenhang mit dem Zivilprozess beschränkt ist, werden hier nur die wesentlichsten Eigenheiten der Erbengemeinschaft aufgezählt.

ba) Die Beziehung unter den Beteiligten ist einzig dadurch gegeben, dass dieselben durch Gesetz oder letztwillige Verfügung des Erblassers zu Erben geworden sind. Diese Tatsache alleine genügt, denn das Gesetz lässt die Erbengemeinschaft ipso iure entstehen, wie oben festgestellt wurde. Die dadurch entstehende Berechtigung an der Erbschaft ist ein unselbständiges Teilrecht, denn nur in Uebereinstimmung mit den Teilrechten der übrigen Erben kann über das Gesamtrecht verfügt werden. Als Gesamthänder ist der Miterbe in Bezug auf die Erbschaft ja kein selbständiges Rechtssubjekt, sondern nur ein Teil desselben.

bb) Der Zweck der Erbengemeinschaft unterscheidet sich wesentlich von denjenigen anderer Gesamthandsverhältnisse [1]. Die meisten Gesamthandschaften haben

---

1) Mit Ausnahme der Gläubigergemeinschaft des SchKG

zum Zweck, ihr Substrat zu erhalten oder zu vergrössern und es so wirtschaftlich auszunützen. Im Gegensatz dazu ist die Erbengemeinschaft darauf ausgerichtet, sich selbst aufzulösen, und die Anteile am Gesamteigentum in das persönliche Eigentum der einzelnen Erben zu überführen. Bevor dieser Zweck erreicht ist, soll natürlich auch das Substrat der Erbengemeinschaft in seinem Wert erhalten bleiben, weshalb sich die Erbengemeinschaft während dieser Zeit weniger vom Zweck anderer Gesamthandschaften unterscheidet.

Das Fehlen jeglicher organisatorischer Grundsätze einerseits, andererseits eine detaillierte Regelung der Liquidation durch das Gesetz zeigt, dass der Gesetzgeber kein Gebilde von langem Fortbestand schaffen wollte. Mit dem Art. 604 Abs. 1 ZGB hat er sogar jedem Erben das unverjährbare Recht gegeben, zu beliebiger Zeit die Teilung der Erbschaft zu verlangen, soweit er nicht durch Vertrag oder Vorschrift des Gesetzes zur Gemeinschaft verpflichtet ist [1]. Eine Gesetzesbestimmung dieser Art gibt es für andere Gesamthandschaften nicht und würde deren Zweck geradezu widersprechen. Natürlich gibt es auch dort Auflösungsgründe, aber diese sind immer

---

1) Zu Einzelheiten der Erbteilungsklage vgl. unten S. 122 ff

an gewisse Voraussetzungen und Fristen gebunden. Die hier erwähnte Eigenart steht jedoch der Tatsache nicht im Wege, dass Erbengemeinschaften oft für lange Zeit bestehen bleiben [1) 2)].

In einer Gemeinschaft, welche von Anfang an darauf ausgerichtet ist, sich selbst aufzulösen, ist es notwendig, die Interessen der einzelnen Mitglieder vor gegenseitiger Beeinträchtigung zu schützen. Bei der Erbengemeinschaft ist es nach dem Willen des Gesetzgebers auch tatsächlich so, dass einer ihrer Hauptzwecke darin liegt, die Interessen jedes einzelnen Erben vor der Beeinträchtigung durch seine Miterben zu schützen [3)].

bc) Der Personenbestand der Erbengemeinschaft kann sich ändern, ohne dass dies dieselben, tiefgreifenden Konsequenzen nach sich ziehen würde, wie der Wechsel im Personenbestand anderer Gesamthandsverhältnisse. Für diejenigen des ZGB und des OR [4)] steht in der Regel die Persönlichkeit der einzelnen Beteiligten im Vordergrund, weshalb ein Wechsel im Personenbestand nicht ohne weiteres erfolgen kann und soll.

---

1) ESCHER, zum ZGB, Einleitung zu den Art. 602 - 640, S. 378

2) ANNEN, S. 13, unten

3) HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf des EJPD, Bd. 1, S. 459

4) Nicht jedoch des SchKG

Nicht so bei der Erbengemeinschaft. Ihr Personenbestand kann plötzlich wesentlich verändert werden, ohne dass die ursprünglich beteiligten etwas dagegen tun könnten. Durch Ausschlagung der Erbschaft [1] und Abtretung an einen Miterben [2] können Beteiligte ohne weiteres aus der Erbengemeinschaft ausscheiden, ohne dass ihr Weiterbestehen in Frage gestellt wird. Durch den Tod eines der Beteiligten kann diese erheblich vergrössert werden, da die Erben des vormalig Beteiligten nun an seine Stelle treten, und dies jeder für sich, denn auch diese bilden wiederum eine Erbengemeinschaft, welcher keine Persönlichkeit zukommt, Art. 569 ZGB.

bd) Der Erwerb des Substrates unterscheidet sich bei der Erbengemeinschaft wesentlich von demjenigen anderer Gesamthandschaften. Gemäss Art. 560 ZGB erwirbt die Erbengemeinschaft mit dem Todesfall des Erblassers die Erbmasse, bestehend aus Aktiven und Passiven, universalsukzessorisch [3]. Damit wird die Erbengemeinschaft uno actu Eigentümerin, Gläubigerin und Schuldnerin.

be) Die Haftung der Erben ist gemäss Art. 603 ZGB für Schulden des Erblassers keine gesamthänderische,

---

1) Art. 566 ZGB, vgl. oben S. 3 Anmerkung 1)

2) Art. 635 Abs. 1 ZGB, vgl. oben S. 3 Anmerkung 2)

3) Vgl. TUOR, zum ZGB, Vorbemerkungen zu Art. 560 ff.N. 2

sondern eine solidarische. Die Lehre [1] und Rechtsprechung [2] haben auch die Vermächtnisse und die Erbgangsschulden [3] der Solidarhaftung unterstellt. Dies gibt den Gläubigern der Erbschaft die Möglichkeit, ihre Forderungen gegen irgend einen Erben geltend machen zu können.

Für Schulden des Erblassers wurde die Solidarhaftung unter den Miterben deshalb statuiert, weil man die Gläubiger des Erblassers durch den Todesfall ihres Schuldners nicht schlechter stellen wollte, indem sie nun ihre Forderungen plötzlich gegen eine (evtl. sogar unbekannte) Mehrheit von Schuldnern hätten geltend machen müssen. Die Ausdehnung auf Erbgangsschulden und Vermächtnisse erfolgte in analoger Anwendung von Art. 603 ZGB [4]. Abgesehen davon kennt das schweizerische Recht die Gesamthaftung nicht [5].

---

1) TUOR, zum ZGB, zu Art. 603 N. 7 ff.
ESCHER, zum ZGB, zu Art. 603 N. 3

2) BGE 93 II 13

3) Erbgangsschulden sind Schulden welche der Erbengemeinschaft erst nach dem Versterben des Erblassers entstanden sind, z. B. durch die Weiterführung seiner Geschäfte.

4) TUOR, zum ZGB, zu Art. 603 N. 7a, b; BGE 93 II 13/14

5) GULDENER, S. 268, Anmerkung 34

3. Die einzelnen Mitglieder der Erbengemeinschaft

a) Allgemeines

Mitglieder der Erbengemeinschaft können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein, denn die Fähigkeit, Erbe zu sein, ist ein Teil der Rechtsfähigkeit und steht somit beiden Personengruppen zu.

Für die Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft ist es ohne Bedeutung, ob es sich um gesetzliche oder gewillkürte Erben handelt. Ueber den Zeitpunkt des Beginnes der Mitgliedschaft war man jedoch nicht immer gleicher Ansicht. Der Anlass zu Meinungsverschiedenheiten gaben die Abs. 1 und 3 von Art. 560 ZGB. Einerseits bestimmt Abs. 1, dass "... die Erben ..." die Erbschaft als Ganzes erwerben, andererseits lautet Abs. 3: "Der Erwerb der eingesetzten Erben wird auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Erbganges zurückbezogen, und es haben die gesetzlichen Erben ihnen die Erbschaft nach den Besitzesregeln herauszugeben". Aus Abs. 3 scheint sich zu ergeben, dass zunächst die gesetzlichen Erben die Erbschaft erwerben, aber ihr Erwerb wird so weit eingeschränkt, als eingesetzte Erben aus dem Testament hervorgehen, und dies so, dass ihr Erwerb auf den Zeitpunkt des Anfalles zurückbezogen wird. Abs. 1 dagegen macht keinen Unterschied zwischen gesetzlichen und gewillkürten Erben indem er einfach von "den Erben" spricht.

Meiner Ansicht nach handelt es sich bei Abs. 3 um eine Anweisung, welche nur auf den Besitz der Erbschaft zu beziehen ist. Da im Zeitpunkt des Erbfalles die gewillkürten Erben nur durch das Testament zu ermitteln sind, die gesetzlichen dagegen schon feststehen und die Gewalt über die Erbmasse in der Regel leichter erlangen [1], musste den gewillkürten Erben eine Möglichkeit gegeben werden, den Mitbesitz an der Erbmasse ergreifen zu können. Das Eigentum daran steht ihnen gemäss Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB ausdrücklich vom Erbfalle an zu [2].

Wie schon erwähnt, geht die Erbmasse von Gesetzes wegen als Ganzes auf die Erben über, d.h. mit Aktiven und Passiven. Es kann aber vorkommen, dass die Passiven die Aktiven übersteigen, weshalb der Gesetzgeber die Möglichkeit schuf, dass sich die Erben nachträglich durch Ausschlagung gemäss Art. 566 ZGB der Erbschaft entledigen können [3]. Ebenso haben den Wegfall der Erbenqualität zu Folge:

- die amtliche Liquidation, Art. 593 ff. ZGB

---

1) Durch Inbesitznahme oder durch die Behörde gemäss Art. 566 Abs. 3 ZGB

2) Gleicher Ansicht TUOR, zum ZGB, Art. 560 N. 11 - 14

3) Näheres über die Ausschlagung der Erbschaft siehe GUGGENHEIM, "Die Rechtsstellung des provisorischen Erben nach dem ZGB", Diss. ZH 1929, S. 9 ff.

- der Eintritt der Erbunwürdigkeit, Art. 540 ZGB [1]
- die Abtretung an einen Miterben, Art. 635 Abs. 1 ZGB [2]
- die Gutheissung der Ungültigkeitsklage [3]

Die spezielle Regelung, welche der Gesetzgeber für den überlebenden Ehegatten geschaffen hat, wird in der Folge näher betrachtet.

b) Natürliche Personen

Natürliche Personen können von Gesetzes wegen oder durch letztwillige Verfügung zur Erbschaft berufen werden. Damit jedoch einer natürlichen Person Erbenqualität zukommt, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

1) Es muss ein Berufungsgrund vorliegen, d.h. eine gesetzliche Bestimmung oder eine letztwillige Verfügung.

2) Um erbfähig zu sein, muss die betreffende Person zum Zeitpunkt der Eröffnung des Erbganges rechtsfähig sein. Da gemäss Art. 11 ZGB jedermann rechtsfähig ist, bedeutet dies einfacher gesagt, dass die be-

---

1) Das Problem der Erbunwürdigkeit kann sich nur auf natürliche Personen beziehen, denn die Gründe für den Eintritt derselben sind deliktische Handlungen, welche nach dem Prinzip des Schuldstrafrechtes nur natürlichen Personen angelastet werden können.

2) Vgl. oben S. 3 Anmerkung 2)

3) Vgl. unten S. 91 ff.

treffende Person am Leben sein muss. Diesbezüglich stellt Art. 544 ZGB (Erbfähigkeit des gezeugten, noch nicht geborenen Kindes) keine Ausnahme dar, denn laut Art. 31 Abs. 2 ist schon ein erst gezeugter Mensch unter dem Vorbehalt, dass er lebendig geboren wird, rechtsfähig.

3) Die Erbwürdigkeit ist ebenfalls ein Teil der Erbfähigkeit. In Art. 540 ZGB werden die Gründe, welche die Erbunwürdigkeit nach sich ziehen, abschliessend aufgezählt, weshalb e contrario jedermann erbwürdig ist, der keinen der aufgezählten Tatbestände erfüllt.

Unter den natürlichen Personen als Mitglieder der Erbengemeinschaft gibt es einen Fall, welcher spezielle Beachtung verdient: der überlebende Ehegatte des Erblassers. Konkurriert dieser mit Erben der ersten Parentel (Nachkommen des Erblassers) so gibt ihm das Gesetz ein Wahlrecht: ein Viertel des Wertes der Erbschaft zu Eigentum oder die Hälfte zur Nutzniessung, Art. 462 Abs. 1 ZGB.

Wählt der Ehegatte das Eigentum, so kommt ihm damit volle Erbenqualität zu, d.h. gemäss Art. 560 ZGB wird er Mit-Universalsukzessor und, in Verbindung mit Art. 602 Abs. 1 ZGB, Mitglied der Erbengemeinschaft mit allen Rechten und Pflichten.

Wählt er die Nutzniessung, so erhält er die Stellung eines gesetzlichen Nutzniessers und verliert damit

seine Erbenqualität[1]. Seine Stellung bleibt derjenigen eines Erben insofern angenähert, als er nach Art. 606 ZGB das "Recht des Dreissigsten" behält und als nach Art. 561 Abs. 2 ZGB das Substrat seiner Nutzniessung mit dinglicher Wirkung ausgestattet wird.

Die Lehre und Rechtssprechung sind sich bis heute noch nicht einig darüber, ob beide Möglichkeiten absolut gleichgestellt sind, oder ob der einen oder anderen in gewissen Fällen der Vorzug gegeben werden muss[2]. Es sei an dieser Stelle lediglich festgestellt, dass der überlebende Ehegatte dann zum Mitglied der Erbengemeinschaft wird, wenn er sich für das Eigentum gemäss Art. 462 Abs. 1 ZGB entscheidet.

Natürliche Personen können den Rechten und Pflichten aus ihrer Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft selbst nachkommen; sie können sich dabei auch vertreten lassen. Personen, welche noch nicht oder nicht mehr handlungsfähig sind, üben die Mitgliedschaftsrechte durch ihren gesetzlichen Vertreter aus, sei es durch den Inhaber der elterlichen Gewalt bei noch nicht Mündigen, sei es durch den Vormund bei Entmündigten. Für beschränkt Handlungsfähige kommen auch die Beistandschaft gemäss Art. 392 ZGB

---

1) Ueber den Begriff des gesetzlichen Nutzniessers vergleiche:
BAECHI, "Das Wahlrecht des überlebenden Ehegatten" Diss. ZH 1965
ESCHER, zum ZGB, Art. 462 N. 13

2) Verschiedene Meinungen bei:
- TUOR/SCHNYDER, "Das schweizerische Zivilgesetzbuch" S.343 f
- ESCHER, zum ZGB, zu Art. 462 N. 25

und die Beiratschaft gemäss Art. 395 ZGB in Frage, wenn es darum geht, eine stark verschuldete Erbschaft anzunehmen.

c) Juristische Personen

Juristische Personen werden in der Regel durch letztwillige Verfügung zur Erbschaft berufen. Der einzig mögliche Fall, welcher eine juristische Person zum gesetzlichen Erben macht, wird durch Art. 466 ZGB statuiert. Unter dem 13. Titel "Die gesetzlichen Erben" stehend, geht aus ihm hervor, dass das Gemeinwesen nach allen übrigen gesetzlichen Erben zum Zuge kommen soll [1].

Im übrigen gilt für die juristischen Personen ähnliches wie für die natürlichen. Damit ihnen Erbenqualität zukommt, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

1) Es muss ein Berufungsgrund vorliegen.

2) Zum Zeitpunkt der Eröffnung des Erbganges muss die betreffende juristische Person bereits existieren, d.h. ihre juristische Persönlichkeit erlangt haben und rechtsfähig sein.

---

1) Ueber die Erbberechtigung des Gemeinwesens ausführlicher GUIDON "Das Erbrecht des Gemeinwesens", Diss. ZH 1916

> Eine Sonderstellung nehmen hier die Stiftungen ein, welche vom Erblasser durch ein Rechtsgeschäft von Todes wegen errichtet werden, Art. 81 Abs. 1 ZGB. Bis zum Tod des Stifters kommt ihnen keine Rechtsfähigkeit zu, auch keine bedingte; diese entsteht erst mit dem Tod des Stifters [1].

Die Erbfähigkeit der juristischen Person setzt sich nur aus diesen beiden Komponenten zusammen, da für sie die Erbunwürdigkeit nicht in Frage kommt [2].

Ihren Rechten und Pflichten aus der Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft kommen juristische Personen mittels des jeweils dazu bestimmten Organs nach, wobei auch spezielle Vertreter gewählt werden können. Auch für juristische Personen kommt gemäss Art. 393 Ziff. 4 ZGB die Beistandschaft in Frage [3], wenn die erforderlichen Organe fehlen und nicht auf andere Weise für die Verwaltung gesorgt ist.

d) Die Substitution eines Erben durch die Behörden

Auf Verlangen eines Gläubigers, der den Anspruch eines Erben auf eine angefallene Erbschaft erworben oder gepfändet hat, oder der gegen ihn Verlustscheine besitzt, hat die Behörde an Stelle dieses Erben bei der Teilung mitzuwirken, Art. 609 Abs. 1 ZGB. Dem Wortlaut dieser Bestimmung gemäss scheint die Behörde nur "bei der

---

1) RIEMER, zum ZGB, zu Art. 81 N. 61, 62

2) Vgl. oben S. 12, Anmerkung 1)

3) Vgl. EGGER, zum ZGB, zu Art. 393 N. 22 ff.

Teilung mitwirken" zu können. Damit sie dieser Aufgabe im Interesse der Antragsteller auch zweckdienlich nachkommen kann, ist es notwendig, dass sie in sämtliche Belange im Hinblick auf die Teilung Einblick erhält. Dies ist am besten möglich, indem sie vollumfänglich in die Rechte und Pflichten des verschuldeten Erben eintritt und ihn innerhalb der Erbengemeinschaft ersetzt [1]. Tatsächlich wird es in der Praxis auch so gehandhabt: die Behörde tritt an Stelle des Erben und hat im Kreise der Miterben die gleichen Befugnisse wie dieselben [2].

Ueber die rechtliche Stellung der Behörde im Falle von Art. 609 Abs. 1 ZGB gehen die Meinungen in Lehre und Rechtssprechung auseinander. Die Einen sprechen von einem Fall von gesetzlicher Vertretung des Gesamtschuldners durch die Konkursverwaltung [3]. Andere wiederum schliessen sich der Meinung an, es handle sich nur um ein Verhältnis, ähnlich demjenigen einer Treuhand zur Wahrung der Interessen des Erben und dessen Gläubiger, etwa wie beim amtlichen Erbschaftsverwalter nach Art. 578 ZGB [4].

Meiner Ansicht nach ist bei der Untersuchung dieses Problems davon auszugehen, dass die Behörde innerhalb

---

1) TUOR, zum ZGB, zu Art. 609 N. 11

2) Z.B. kann sie auch an Stelle der Erben die Erbteilungsklage erheben. Vgl. JOST, S.58

3) STREBEL, S. 82 ff.

4) TUOR, zum ZGB, Art. 609 N. 12

der Erbengemeinschaft an keinerlei Weisungen gebunden sein darf, weder an solche des substituierten Erben, noch an solche seiner Gläubiger. Sie darf auch nicht von sich aus etwa die Interessen des einen oder anderen bevorzugen, sondern sie muss ihre Entscheidungen völlig frei fällen und nur im Hinblick auf eine gerechte Teilung der Erbmasse. Daraus ergeben sich sehr weitreichende Befugnisse, welche jedoch gemäss Art. 609 Abs. 1 ZGB immer auf die Teilung der Erbschaft ausgerichtet sein müssen. Ich möchte mich der Meinung von TROTT anschliessen, welcher von einem im öffentlichen Interesse geschaffenen amtlichen Organ spricht [1]; der von ihm zu lösende Interessengegensatz von Gläubiger (hier: Gläubiger eines Erben) und Schuldner (hier: Erbe) tangiert das Prinzip von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.

4. Die Erbengemeinschaft als notwendige Streitgenossenschaft

a) Begriff der notwendigen Streitgenossenschaft

In der Regel gehen die Zivilprozessordnungen für Rechtsstreitigkeiten davon aus, dass sich auf der Kläger- bzw. Beklagtenseite je nur eine Partei gegenüberstehen und dass jeweils nur über einen Rechtsstreit entschieden

---

1) TROTT, ZSR Bd. 32 S. 396 ff, insb. S.402

wird. Als Abweichung davon sind auch die Fälle geregelt, in denen auf einer Seite mehrere Parteien zusammen auftreten oder auftreten müssen, sei es, weil das formelle Recht mehrere Prozesse aus Gründen der Prozessökonomie [1] zu einem einzigen Verfahren zusammenfasst, sei es, weil das materielle Recht eine Personenmehrheit als Gesamtberechtigte an einem Rechtsverhältnis vorsieht, ohne dass derselben die juristische Persönlichkeit zukommt oder durch das materielle Recht als prozessfähig bezeichnet wird. Auf jeden Fall sind beim streitgenössischen Rechtsverhältnis immer mehrere Parteien auf Kläger- bzw. Beklagtenseite, wobei bei einer Mehrheit von Klägern von einer aktiven, bei einer Mehrheit von Beklagten von einer passiven Streitgenossenschaft gesprochen wird.

Beim speziellen Fall der notwendigen Streitgenossenschaft ergibt sich der Zwang dazu immer aus dem materiellen Recht [2], weshalb sie - im Gegensatz zu der einfachen Streitgenossenschaft, welche hier unberücksichtigt bleiben muss - überhaupt nicht dem Prozessrecht zugehört, obwohl von ihr nur im Zusammenhang mit einem Prozess die Rede sein kann. Im Prozess reichen die Bestimmungen über die notwendige Streitgenossenschaft für dieselbe in den meisten Fällen nicht aus, weshalb für sie die Bestimmungen der einfachen Streitgenossenschaft und die allgemeinen prozessualen Grundsätze ergänzungsweise herangezogen werden müssen.

Meines Erachtens kann auf eine allzu detaillierte Ausgestaltung der notwendigen Streitgenossenschaft in den

---

1) GULDENER S. 273, WALDER S. 144

2) GULDENER S. 268

Prozessordnungen verzichtet werden. Da sich diese ja immer aus dem materiellen Recht ergibt, muss auch für die prozessuale Behandlung derselben immer auf den konkreten Fall der Notwendigkeit zur Streitgenossenschaft abgestellt werden. Die Rechtsverhältnisse, aus welchen sich die notwendigen Streitgenossenschaften ergeben, sind im materiellen Recht verschiedenartig ausgestaltet, und dem soll durch eine differenzierte prozessuale Behandlung Rechnung getragen werden.

Ein Zusammenschluss zur notwendigen Streitgenossenschaft findet immer dann statt, wenn das materielle Recht die aktive oder passive Sachlegitimation im Sinne der Rechtszuständigkeit einer Mehrheit von Personen gemeinsam überträgt. Dadurch wird die Rechtszuständigkeit insofern beschränkt, als bei der gerichtlichen Geltendmachung die Gesamtheit der Sachlegitimierten erfasst werden muss.

Die Geltendmachung eines Anspruches im Prozess entspricht einer Verfügung darüber [1], weshalb die Beteiligung jedes Einzelnen im Prozess grundsätzlich notwendig ist. So haben materiellrechtliche Prinzipien eine prozessrechtliche Institution geschaffen, welche in den Zivilprozessordnungen selbst oft nicht ausdrücklich geregelt wird. So hatte § 37 aZPO des Kantons

---

1) BGE 50 II 221 / 74 II 217

Zürich zweifellos die notwendige Streitgenossenschaft im Auge, wobei auch hier darauf hingewiesen wird, dass sie dem materiellen Recht entspringt. Die ausdrückliche Statuierung einer notwendigen Streitgenossenschaft wurde jedoch auch hier nicht vorgenommen. Im Gegensatz dazu steht nun die neue ZPO, welche in § 39 die notwendige Streitgenossenschaft ausdrücklich statuiert.

Der Zwang zur Gemeinsamkeit des Verfahrens hat für die notwendige Streitgenossenschaft zur Folge, dass im Prinzip alle Streitgenossen [1] gemeinsam sämtliche Prozesshandlungen vornehmen müssen [2], und es wird durch ein einziges Urteil entschieden. Das Ergreifen von Rechtsmitteln steht grundsätzlich nur allen notwendigen Streitgenossen gemeinsam zu. Verstösst einer der Streitgenossen gegen den Grundsatz des gemeinsamen Vorgehens und stellt sich abseits, so hat dies für alle, auch für ihn selbst, schwere prozessuale Nachteile zur Folge.

Die Tatsache, dass das materielle Recht für gewisse Fälle der Geltendmachung oder Verteidigung von Rechten durch den Zivilprozess die notwendige Streitgenossenschaft vorsieht, bringt demnach Nachteile mit sich, welche in der Schwerfälligkeit zu suchen sind, die sich

---

1) In dringenden Fällen kann ein notwendiger Streitgenosse allein gewisse Prozesshandlungen vornehmen, vgl. unten S. 52 ff

2) Als Abweichung von diesem Prinzip lässt die neue zürcherische ZPO - im Gegensatz zur alten - rechtzeitige Prozesshandlungen eines handelnden Streitgenossen auch für die säumigen wirken, § 39 Abs. 2 ZPO.

aus dem Zwang zum gemeinsamen Vorgehen ergibt. Andererseits ergeben sich Vorteile durch die Einrede mehrerer Streitgenossen [1]; sie befreit solange vor der Einlassung in einen Prozess, als nicht alle durch das materielle Recht zur notwendigen Streitgenossenschaft gezwungenen Berechtigten oder Verpflichteten in den Prozess einbezogen werden. Solange nicht alle notwendigen Streitgenossen in den Prozess einbezogen sind, muss eine Entscheidung in der Hauptsache abgelehnt werden.

b) Bundesrecht und kantonales Recht

Nach Art. 64 Abs. 3 BV ist es Sache der Kantone, die Gerichte zu organisieren, und das Verfahren und die Rechtsprechung zu regeln. Dies ist eine verfassungsmässige Kompetenz zugunsten der Kantone, auf dem Gebiet des Zivilprozessrechtes zu legiferieren. Es stellt sich nun die Frage, ob die bundesrechtlich statuierte Notwendigkeit zur prozessualen Streitgenossenschaft nicht einen unzulässigen Eingriff in die Gesetzgebungskompetenzen der Kantone darstellt.

Dies ist nicht der Fall, denn die Kompetenz des Bundes, auf dem Gebiet des Zivilrechtes zu legiferieren, schliesst es in sich, zur einheitlichen Verwirklichung desselben Bestimmungen zu erlassen, welche sich direkt oder indirekt auf den Prozess auswirken können [2]. Man spricht hier von einer allgemein anerkannten, stillschweigenden

---

1) Ueber die Einrede mehrerer Streitgenossen vgl. unten S. 74 ff.

2) WALDER S. 25

Kompetenz [1]. Sache der Kantone ist es dann, in die Prozessordnungen entsprechende Bestimmungen aufzunehmen, damit diesem Bundeszivilrecht Nachachtung verschafft werden kann. Indem das Bundeszivilrecht gewisse Rechte einer Personenmehrheit gesamthänderisch zuschreibt, bestimmt es, dass die Sachlegitimation im Sinne der Rechtszuständigkeit nur dann gegeben ist, wenn diese Personenmehrheit gemeinsam am Prozess teilnimmt. Damit hat der Bundesgesetzgeber von der oben erwähnten stillschweigenden, aber notwendigen Kompetenz Gebrauch gemacht.

c) Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft im Falle der Erbengemeinschaft

Wie oben festgestellt, ist die Erbengemeinschaft als Gesamthandsverhältnis ausgestaltet und der einzelne Miterbe hat keinerlei Verfügungsbefugnis über das Erbschaftsvermögen, bevor nicht durch die Teilung desselben der Anteil eines jeden in sein individuelles Vermögen übergeführt worden ist. Die Prozessführung im Zusammenhang mit Rechten und Pflichten der Erbschaft stellt direkt noch keine Verfügung über dieselben dar, muss aber einer solchen gleichgestellt werden [2], denn sie kann zur Folge haben, dass diese in ihrem Bestande verändert werden, je nach dem Ausgang des Prozesses. Aus diesem Grunde ist ein prozessuales Vorgehen durch, oder gegen die Erbengemeinschaft nur möglich, wenn alle Erben erfasst werden; daraus ergibt sich die Notwendigkeit zur Streitgenossenschaft.

---

1) SCHURTER/FRITSCHE S. 421 ff.
FLEINER/GIACOMETTI S. 87 ff.

2) BGE 50 II 221 / 74 II 217

Tatsächlich wird die Erbengemeinschaft in Literatur und Rechtssprechung oft als einer der wichtigsten und illustrativsten Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft betrachtet.

Zweites Kapitel

DIE VERTRETUNG DER ERBENGEMEINSCHAFT IM ALLGEMEINEN UND IM PROZESS

I Arten

1. Die rechtsgeschäftliche Ernennung eines Vertreters durch die Erbengemeinschaft

Wie schon erwähnt [1], hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die Erbengemeinschaft auf irgendwelche Art zu organisieren. Einziger Hinweis in dieser Richtung gibt uns Art. 602 Abs. 2 ZGB, gemäss welchem die Miterben als Gesamteigentümer der Erbmasse unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse über die Erbschaft gemeinsam verfügen müssen. Unter Berücksichtigung der hier geforderten Einstimmigkeit unter den Miterben können diese durch Rechtsgeschäft einen Vertreter ernennen. Diese

---

1) Vgl. oben S. 5 f. "Der Zweck der Erbengemeinschaft"

Ernennung sowie das ganze Verhältnis zwischen der Erbengemeinschaft und ihrem Vertreter richtet sich nach den Vorschriften über die Stellvertretung [1] bzw. den Auftrag [2]. Der Vertreter muss handlungsfähig [3] sein; er kann - muss aber nicht - ein Miterbe sein.

Die Befugnisse des rechtsgeschäftlich bestellten Erbenvertreters sollten in der Bevollmächtigung genau umschrieben werden. Wird dies nicht getan und es treten Zweifel über die Kompetenzen auf, so ist anzunehmen, dass der Vertreter seine Tätigkeit auf die Erhaltung der Erbmasse beschränken soll, und in diesem Rahmen soll sich auch die Befugnis zur Prozessführung des Vertreters bewegen. Das Recht zur Prozessführung darf meiner Ansicht nach nicht vermutet werden, wenn dadurch die Substanz der Erbschaft zum Teil oder ganz tangiert wird, denn der Ausgang von Prozessen ist niemals voraussehbar, weshalb die Erbschaft durch einen solchen Prozess in ihrem Bestande grundlegend verändert werden kann. Dies soll aber durch die vermutungsweise Annahme der Kompetenz eines Vertreters zur Prozessführung nicht herbeigeführt werden können. Das Recht zur Prozessführung kann dem Vertreter jedoch mit der Vollmacht ausdrücklich zugesprochen werden, sei es nur für einzelne, ganz bestimmte Prozesse oder sei es ganz allgemein.

---

1) Art. 32 ff. OR

2) Art. 394 ff. OR

3) Die Notwendigkeit der Handlungsfähigkeit ergibt sich für den Kanton Zürich aus § 29 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 des zürcherischen EG zum ZGB

Wie wir gesehen haben, wird die Erbengemeinschaft im Zivilprozess in der notwendigen Streitgenossenschaft zusammengefasst [1]. Was die Prozessführung betrifft, so sind für die Erbengemeinschaft keine besonderen Bestimmungen gegeben, d.h. man ist auf die allgemeinen Grundsätze der Gemeinsamkeit verwiesen, was bedeutet, dass die Miterben gemeinsam einen Prozess führen können. Es ist denkbar und möglich, dass in diesem Falle der gemeinsamen Prozessführung einzelne Erben für sich oder mehrere zusammen einen Vertreter bestimmen. Sie können aber auch - genau wie für die Besorgung übriger Geschäfte - einen gemeinsamen Vertreter dazu bestimmen. In diesem Falle gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 34 ff. ZPO. Zu beachten ist vor allem § 35 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 396 Abs. 4 OR, wonach der Vertreter für gewisse Prozesshandlungen eine ausdrückliche Ermächtigung vorweisen muss. Diese kann in der allgemeinen Vollmacht enthalten sein.

Durch einstimmigen Widerruf seitens der Erben kann dem rechtgeschäftlich bestellten Vertreter der Erbengemeinschaft seine Vollmacht entzogen werden [2]. Gelegentlich wird auch die Meinung vertreten, der Widerruf durch einen einzigen Erben habe das Dahinfal-

---

1) Vgl. oben S. 23 f.

2) ESCHER, zum ZGB, Art. 602 N.70

len der Vollmacht zur Folge [1]. Dieser Ansicht kann ich mich nicht anschliessen, denn genau so wie bei der Erteilung der Vollmacht, handelt es sich bei deren Entzug um die Ausübung eines Gestaltungsrechts. Die Ausübung von Gestaltungsrechten kann aber grundsätzlich nur von der Gesamtheit der Miterben ausgehen; dabei spielt es keine Rolle, ob der einzelne Erbe durch sein Veto damals die Möglichkeit gehabt hätte, die Erteilung der Vollmacht zu verhindern. Diejenigen Erben, welche eine Beendigung der Vertretung aus irgendwelchen Gründen anstreben und die notwendige Einstimmigkeit in der Erbengemeinschaft nicht erreichen, können die Einsetzung einer Vertretung durch die Behörde gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB verlangen. Dadurch würde der rechtsgeschäftlich eingesetzte Vertreter durch den behördlichen ersetzt [2].

2. Die Vertretung durch den amtlich bestellten Vertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB

Auf Begehren eines Miterben kann die zuständige Behörde für die Erbengemeinschaft bis zur Teilung eine Vertretung bestellen, Art. 602 Abs. 3 ZGB. Dies ist der einzige Hinweis, den das Gesetz für die behördliche Vertretung der Erbengemeinschaft auf Wunsch der Miterben gibt.

---

1) So PARAVICINI "Die Gemeinschaft unter Miterben" Diss. BS 1931 S. 12

2) Vgl. unten S. 30

Das Recht, ein solches Begehren zu stellen, steht dem Wortlaute entsprechend in erster Linie dem Miterben zu. Es spielt dabei keine Rolle, ob ein einzelner oder mehrere Erben zusammen das Begehren stellen. Da es sich nicht um ein höchstpersönliches Recht handelt, kann das Begehren auch vom Vertreter [1] des oder der Erben gestellt werden. Auch das Betreibungsamt, welches von den Gläubigern eines Miterben angerufen worden ist, kann ein solches Begehren stellen [2].

Die zuständige Behörde ist diejenige, welche das kantonale EG zum ZGB jenes Kantones bezeichnet, in welchem der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte [3]. Für den Kanton Zürich ist dies der Einzelrichter im summarischen Verfahren am letzten Wohnsitz des Erblassers (zürcherisches EG zum ZGB, § 129 sowie § 215 Ziff.24 ZPO).

Die Behörde "kann" eine Vertretung bestellen, d.h. sie ist dazu nicht in jedem Falle verpflichtet. Das Bundesgericht hat festgestellt [4], dass es sich beim Entscheid über das Begehren im Sinne von Art. 602 Abs. 3 ZGB um eine Verfügung auf einseitiges Begehren handelt, und dass im Einzelfalle die zuständige Behörde unter Berücksichtigung rechtlicher und praktischer Gesichtspunkte

---

1) Vom gesetzlichen und vom rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter, sofern bei zweiterem eine entsprechende Vollmacht besteht.

2) VO des BGer über die Pfändung und Verwertung von Anteilen am Gemeinschaftsvermögen vom 17.1.1932, Ziff. 6 Abs. 3

3) TUOR, zum ZGB, Art. 602 N. 48
ESCHER, zum ZGB, Art. 602 N. 74

4) BGE 72 II 55

in freiem Ermessen entscheidet, ob ein Erbenvertreter zu bestellen sei oder nicht. Die Bestellung kann nicht erfolgen, wenn schon eine amtliche Erbschaftsverwaltung i.S. Art. 554 ZGB, eine Erbschaftsverwaltung durch das Konkursamt i.S. Art. 593 ff ZGB in Verbindung mit Art. 221 ff SchKG, oder eine Willensvollstrekkung [1] besteht, denn in allen diesen Fällen ist die Verwaltung der Erbschaft bereits der Behörde unterstellt. Haben die Erben selbst einen rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter eingesetzt, so schliesst dies ein Begehren i.S. von Art. 602 Abs. 3 ZGB nicht aus. Der amtlich bestellte Vertreter würde den rechtsgeschäftlichen ersetzen [2], und wie wir gesehen haben, ist dies die einzige Möglichkeit für eine Minderheit von Erben, sich des rechtsgeschäftlich bestellten Vertreters zu entledigen.

Die Person des amtlich bestellten Vertreters muss handlungsfähig sein; weitere Anforderungen kann die ernennende Behörde aus praktischen, nicht aber aus rechtlichen Gründen stellen. Der von der Behörde ausgewählte Vertreter kann die Annahme der Wahl verweigern, denn eine Amtspflicht, wie z.B. beim Vormund, besteht hier nicht.

---

1) Hat der Erblasser die Kompetenz des Willensvollstrekkers eingeschränkt, so steht den Erben für den ausschliesslich unter ihrer Verfügung stehenden Teil der Erbschaft die Möglichkeit von Art. 602 Abs. 3 ZGB offen, so dass neben dem Teil-Willensvollstrecker eine amtliche Teil-Vertretung besteht. Vgl. dazu auch ESCHER, zum ZGB, Art. 602 N.79, genereller, spezieller Auftrag.

2) SCHICKER S. 54/55

Ueber die rechtliche Natur dieses Institutes sagt das Gesetz lediglich aus, dass es sich um eine Vertretung handelt. Da diese Vertretung in der Regel nicht auf dem Willen aller Miterben, d.h. aller Vertretenen, beruht, muss von einer eigentlichen gesetzlichen Vertretung gesprochen werden, welche beschränkt ist auf die Angelegenheiten der Erbschaft vor ihrer Teilung. Auf Grund der starken Aehnlichkeit mit der Willensvollstreckung, Art. 517 ff. ZGB und mit der Erbschaftsverwaltung gemäss Art. 554 ZGB, können die Bestimmungen dieser Institutionen analog angewandt werden [1], denn der amtlich bestellte Vertreter der Erbengemeinschaft gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB hat in erster Linie die Interessen der Erbengemeinschaft als Ganzes zu wahren, unbeeinflusst von den Individualinteressen einzelner Erben. Er handelt völlig selbständig und ist auch nicht an zufällig zustandegekommene, einheitliche Beschlüsse der von ihm vertretenen Erbengemeinschaft gebunden.

Die Kompetenz des behördlich bestellten Vertreters kann auf einzelne oder mehrere ganz bestimmte Geschäfte beschränkt werden; in diesem Falle spricht man von einem speziellen Auftrag, im Gegensatz zum generellen Auftrag [2].

Im Rahmen seiner Pflicht zur ordnungsgemässen Verwaltung eines Teiles oder der ganzen Erbschaft muss dem

---

1) TUOR, zum ZGB, Art. 602 N. 54
ESCHER, zum ZGB, Art. 602 N. 78

2) ESCHER, zum ZGB, Art. 602 N. 79

amtlich bestellten Vertreter die Befugnis eingeräumt werden, im Interesse aber auch auf Rechnung der Erbengemeinschaft, jedoch im eigenen Namen, Prozesse zu führen. Die fehlende Subjektsqualität des in Frage stehenden Rechtes wird durch die behördliche Ernennung ersetzt, weshalb ihm Parteirolle insofern zukommt, als die Wirkung seiner Prozesshandlungen das eigentliche Subjekt des in Frage stehenden Rechtes treffen, nämlich die Erbengemeinschaft [1].

3. Die Vertretung durch den amtlichen Erbschaftsverwalter gemäss Art. 554 ZGB

In dem oben behandelten Falle der amtlichen Bestellung eines Erbenvertreters konnte dieselbe nur aus dem Kreise der Miterben heraus herbeigeführt werden, Art. 602 Abs. 3 ZGB. Im Gegensatz dazu führen im Falle der amtlichen Erbschaftsverwaltung gemäss Art. 554 ZGB, äussere, im Gesetz abschliessend aufgezählte Umstände zu derselben.

Es scheint mir dies ein notwendiges Sicherungsmittel gegenüber dem Prinzip des ipso-iure-Erwerbes von Art. 560 ZGB zu sein. Art. 554 Ziff. 1 - 4 ZGB soll verhindern, dass die gesamthänderische Erbengemeinschaft in ihrer Handlungsfähigkeit durch äussere Umstände gelähmt wird, was dann der Fall ist, wenn:

---

1) ESCHER, zum ZGB, Art. 518 N. 31

- ein oder mehrere Miterben dauernd und ohne Vertretung abwesend sind, Ziff. 1,

- keiner der Ansprecher sein Erbrecht genügend nachweisen kann oder das Vorhandensein eines Erben ungewiss ist, Ziff. 2,

- nicht alle Miterben bekannt sind, Ziff. 3.

Darüber hinaus verweist Ziff. 4 auf besondere Fälle, wo das Gesetz sie vorsieht und meint damit folgende [1]:

- die amtliche Liquidation der Erbschaft, Art. 578 Abs. 2 bzw. Art. 593 ff. ZGB [2],

- die Sicherstellung zugunsten eines Nacherben, Art. 490 Abs. 2 ZGB [3],

- nach Einlieferung der letztwilligen Verfügung kann die Erbschaftsverwaltung angeordnet werden, Art. 556 Abs. 3 ZGB,

- für das Erbrecht des Verschollenen, Art. 548 ZGB [4].

---

1) Vgl. TUOR, zum ZGB, Art. 554 N. 10

2) Eingehender behandelt unten S. 41 ff.

3) Aehnlich gelagert ist der Fall von Art. 546 ZGB; auch hier sollte in Analogie zu Art. 490 ZGB für den Fall, dass die verlangte Sicherstellung nicht erreicht wird, die amtliche Erbschaftsverwaltung angeordnet werden. Vgl. TUOR, zum ZGB, Art. 546 N. 2.

4) Dieser Fall dürfte wohl meistens mit Art. 554 Ziff. 2 oder 3 ZGB zusammenfallen.

Beim Vorliegen eines dieser Fälle hat die zuständige Behörde am letzten Wohnsitz des Erblassers, Art. 551 Abs. 1 ZGB, - im Kanton Zürich gemäss § 215 Ziff. 18 ZPO der Einzelrichter - von Amtes wegen die Verwaltung der Erbschaft einer vom Willen der Erben unabhängigen Person [1] zu übertragen. Der Erblasser kann auf eine eventuelle Wahl eines amtlichen Erbschaftsverwalters Einfluss nehmen, indem er einen Willensvollstrecker bezeichnet, welchem gemäss Art. 554 Abs. 2 ZGB die Verwaltung übertragen werden muss.

Dem amtlichen Erbschaftsverwalter steht die Verwaltung der gesamten Erbschaft zu. Ein spezieller Auftrag, wie wir ihn bei der Erbenvertretung gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB kennen [2], ist hier der Natur der Sache nach nicht möglich. Auch hier beruht die Tätigkeit des Verwalters nicht auf dem Willen der Erben, sie ist durch das Gesetz gegeben. Aus diesem Grunde spricht man hier von einer gesetzlichen Vertretung, bezogen auf den ein Sondervermögen bildenden Nachlass [3]. Die Aufgabe des Verwalters ist es, die Erbschaft durch entsprechende Verwaltung in ihrem Bestande zu erhalten, bis durch den Wegfall des Umstandes, der die Einsetzung verlangte, die Erbschaft wieder den Erben bzw. der Erbengemeinschaft übergeben werden kann.

---

1) Für die Person des amtlichen Erbschaftsverwalters kommen die gleichen Grundsätze zur Anwendung, wie schon bei der amtlichen Erbenvertretung gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB. Vgl. oben S. 30.

2) Vgl. oben S. 31

3) TUOR, zum ZGB, Art. 554 N. 20

Zum Zweck der Verwaltung muss er die Erbschaft in seinen (unselbständigen) [1] Besitz nehmen, wenn nötig mit Hilfe des Richters. Er hat die Möglichkeit, über die Erbschaft zu verfügen und Verpflichtungen für sie einzugehen, jedoch immer dem Zwecke der Bestandeserhaltung entsprechend. Gegen Anordnungen, welche die ordentliche Erbschaftsverwaltung überschreiten, kann Beschwerde an die Aufsichtsbehörde geführt werden, Art. 595 Abs. 3 ZGB [2].

Im Rahmen seiner Verwaltungstätigkeit hat der amtliche Erbschaftsverwalter die Prozessführungsbefugnis für den Nachlass [3]. Auch hier ist sie eine notwendige Konsequenz seiner Verwaltungsbefugnis [4]. Untersucht man die Gründe, welche seine Einsetzung verlangen, so wird die Notwendigkeit der Prozessführungsbefugnis noch deutlicher.

Seine Stellung im Prozess ist die eines Vertreters des ein Sondervermögen bildenden Nachlasses. Das Bundesgericht ist im Laufe der Zeit diesbezüglich zu sich widersprechenden Definitionen gekommen: früher kam es zum Ergebnis, der amtliche Erbschaftsverwalter sei ein Vertreter der Erbengemeinschaft [5], später sah es ihn als Vertreter des ein Sondervermögen bildenden Nachlasses [6].

---

1) Das Eigentum an der Erbschaft bleibt bei der Erbengemeinschaft. ESCHER, zum ZGB, Art. 518 N. 9

2) ESCHER, zum ZGB, Art. 554 N. 18

3) TUOR, zum ZGB, Art. 554 N. 20

4) Wie auch bei der Vertretung durch den amtlich bestellten Vertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB, vgl. oben S.31/32. Vgl. auch HOLENSTEIN S. 59

5) BGE 54 II 199 f.

6) BGE 79 II 116 f.

4. Die Vertretung durch den Willensvollstrecker gemäss Art. 517 f. ZGB

Durch letztwillige Verfügung kann der Erblasser handlungsfähige Personen mit der Vollstreckung seines letzten Willens beauftragen. In bezug auf den Willensvollstrecker muss es sich um den tatsächlich letzten Willen handeln, was durch die Möglichkeit, das Testament zu widerrufen, Art. 509 ff. ZGB, geschützt wird. Die erbvertragliche Bestellung eines Willensvollstreckers wird - mangels anderer letztwilliger Verfügung - als letzter Wille des Erblassers gewertet [1].

Nach der amtlichen Mitteilung an den oder die [2] Beauftragten haben sich diese binnen vierzehn Tagen über die Annahme des Auftrages zu entscheiden, wobei Stillschweigen als Annahme gilt, Art. 517 Abs. 1 und 2 ZGB. Dadurch geht die Verfügungsmacht über die Erbschaft soweit auf den Willensvollstrecker über, als dies der Erblasser in seiner diesbezüglichen letztwilligen Verfügung bestimmt hat, denn der Aufgabenkreis des Willensvollstreckers kann auf einzelne oder mehrere Teile der Erbschaftsabwicklung beschränkt werden. Als Gegensatz der Beschränkung des Aufgabenkreises lässt

---

1) TUOR, zum ZGB, Art. 517 N. 1
ESCHER, zum ZGB, Art. 517 N. 1

2) Es können auch mehrere Personen gemeinsam oder mit Teilaufgaben versehen mit der Willensvollstreckung beauftragt werden. TUOR, zum ZGB, Art. 517 N. 4

es die herrschende Lehre auch zu, dass der Erblasser die Willensvollstreckung über den Zeitpunkt der Erbteilung hinaus anordnet [1].

Hat der Erblasser in seinem letzten Willen keine Einschränkung des Aufgabenkreises des Willensvollstreckers vorgenommen, so kommt subsidiär Art. 518 ZGB zur Anwendung. Der darin enthaltene Auftrag, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen, lässt auf die rechtliche Stellung des Willensvollstreckers gegenüber Dritten schliessen.

Zur Erfüllung dieses Auftrages ist es notwendig, dass der Willensvollstrecker ein Verfügungsrecht [2] über die Erbschaft erhält, was zur Folge hat, dass er - soweit notwendig - den Besitz an der Erbschaft [3] übernehmen kann. Er kann sie den Anordnungen des Erblassers oder den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend veräussern, belasten oder auf Rechte derselben verzichten. Dabei sind jedoch die Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers immer durch seine spezifische Aufgabe begrenzt, weshalb er nur im objektiven Rahmen der ordentlichen Willensvollstreckung, unabhängig vom

---

1) TUOR, zum ZGB, Art. 518 N. 40
ESCHER, zum ZGB, Art. 518 N. 22

2) TUOR, zum ZGB, Art. 518 N. 12

3) ESCHER, zum ZGB, Art. 518 N. 9

Willen der Erben, jedoch mit verpflichtender Wirkung für sie, handeln darf. Nur in diesem Ausmass werden die Rechte der Erben an der ihnen zustehenden Erbschaft eingeschränkt, darüber hinaus bleiben sie bestehen.

Gegen willkürliche, die ordentlichen Aufgaben der Willensvollstreckung überschreitende Anordnungen des Willensvollstreckers haben die Erben ein Beschwerderecht an die Aufsichtsbehörde i.S. von Art. 554 und 593 f. ZGB. Dies ergibt sich aus dem Hinweis auf die Rechte und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters in Art. 518 Abs. 1 ZGB. Es ist umstritten, ob mit diesem Hinweis die amtliche Erbschaftsverwaltung von Art. 554 ZGB oder diejenige von Art. 593 f. ZGB gemeint ist. Es sei hier lediglich festgestellt, dass nach übereinstimmender Meinung in der Lehre der Sinn dieser Verweisung darin liegt, den Willensvollstrecker einer behördlichen Aufsicht zu unterstellen.

Die Bezeichnung des Willensvollstreckers als Vertreter in der Ueberschrift dieses Abschnittes ist nicht ganz zutreffend, auch wenn es - wie wir später sehen werden - im Effekt auf eine gesetzliche Vertretung hinausläuft. Der Systematik des ZGB oder des OR entsprechend darf dem Willensvollstrecker eine Vertretereigenschaft der Erbengemeinschaft nicht ohne weiteres zugeordnet werden. Die Tatsache, dass dieses Institut durch das Ge-

---

1) TUOR, zum ZGB, Art. 518 N. 6 ff.
ESCHER, zum ZGB, Art. 518 N. 4

setz geregelt ist, und durch dieses die Tätigkeit des Willensvollstreckers als Vertretung des Willens des Erblassers bezeichnet wird, lässt nicht darauf schliessen, dass es sich um eine gesetzliche Vertretung handelt. Eine solche wird in der Regel durch Gründe herbeigeführt, welche dem zu vertretenden Subjekt innewohnen, z.B. fehlende Handlungsfähigkeit oder ähnliches. Hier ist es nicht so, dass es sich um die Vertretung einer unbestimmten oder unbekannten Person oder Personenmehrheit handelt wie bei der amtlichen Erbschaftsverwaltung gemäss Art. 554 ZGB, oder dass die durch innere Gründe herbeigeführte Handlungsunfähigkeit beseitigt werden müsste, wie im Falle der Erbenvertretung gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB. Hier ist es so, dass erst d u r c h das Bestehen der Willensvollstreckung den Erben die Verfügungsbefugnis über die Erbschaft entzogen wird. Gegen eine rechtsgeschäftliche Vertretung i.S. von Art. 32 ff. OR spricht, dass der Willensvollstrecker - bezeichnet man ihn als Vertreter der Erben - grundsätzlich an keinerlei Weisungen derjenigen gebunden ist, deren Interessen er wahrnimmt, und dass keine Ermächtigung erteilt wurde.

Auch in prozessualer Hinsicht sind es nicht subjektive Gründe (z.B. mangelnde Prozessfähigkeit), welche die Vertretung nach sich ziehen, sondern die Tatsache, dass der Erblasser mit Hilfe des materiellen Rechts den Erben die Verfügungsmacht über die Erbschaft entzogen und auf den Willensvollstrecker übertragen hat.

Aus dem oben Dargelegten ergibt sich meines Erachtens, dass es sich auch bei der Willensvollstreckung eher

um die Vertretung der ein Sondervermögen bildenden Erbschaft handelt, als um eine Vertretung der Erben oder gar des Erblassers.

Das Bundesgericht [1] sieht den Willensvollstrecker mit einem Verwaltungsrecht ausgestattet, welches scharf zu trennen ist von den Vermögensrechten, die den Erben zustehen, und die den Nachlass in seiner Substanz ausmachen (Eigentum, beschränkt dingliche Rechte an Sachen anderer, Forderungsrechte etc.). Es ergibt sich auch daraus die erwähnte gesetzliche Vertretung der ein Sondervermögen bildenden Erbschaft.

Diese Ansicht des Bundesgerichtes zeigt auch, welche Stellung dem Willensvollstrecker im Prozess zukommen muss: seine Stellung als Verwalter des Nachlasses als Sondervermögen mit der ihr zugeordneten Befugnis zu Verfügungen und Verpflichtungen verlangen eine selbständige, unabhängige Stellung in Prozessen, welche er in seiner Eigenschaft als Willensvollstrecker führt. Diese Eigenschaft muss er zu erkennen geben, indem er sich ausdrücklich als Willensvollstrecker der Erbschaft X oder ähnlich bezeichnet. Seine Prozessführungsbefugnis [2] kann er z.B. durch eine beglaubigte Abschrift des entsprechenden letzten Willens des Erblassers beweisen [3].

---

1) BGE II 150 f.

2) BGE 85 II 601 Erw. 3 und die dort zitierten Entscheide

3) TUOR, zum ZGB, Art. 518 N. 12 am Ende

Wie bei der Verwaltung durch den Willensvollstrecker ist es auch bei der Prozessführungsbefugnis im Zusammenhang mit der Erbschaft so, dass die Erben von ihr nur so weit ausgeschlossen sind, als dies im Rahmen der ordentlichen Willensvollstreckung notwendig ist. Wo persönliche Rechte und Pflichten streitig sind, welche ihm kraft seiner Berufung zustehen, ist selbstverständlich nur er Prozesspartei [1]; hier handelt es sich für ihn um persönliche Rechte [2] und nicht um solche, welche ihm kraft seiner Stellung als Willensvollstrecker über die Erbschaft zustehen.

5. Die Vertretung durch den amtlichen Liquidator gemäss Art. 593 ff. ZGB

Die amtliche Liquidation der Erbschaft gemäss Art. 593 ff. ZGB kann herbeigeführt werden durch:

- den geschlossenen Kreis der Erben, Art. 593 Abs. 1 und 2 ZGB

---

1) BGE 85 II 601 Erw. 3

2) Das Recht oder die Pflicht, die Willensvollstrekkung durchzuführen, kann als ideales Interesse betrachtet werden, welches durch den Richter geschützt werden muss.

- die Gläubiger des Erblassers unter den im Gesetz erwähnten Voraussetzungen, Art. 594 Abs. 1 ZGB,

- die Gläubiger der Erben nach erfolgreicher Anfechtung der in fraudem creditorum geschehenen Erbschaftsausschlagung, Art. 578 Abs. 1 und 2 ZGB [1].

Sie hat zum Zweck, die aufgrund der Universalsukzession zur Verschmelzung bestimmten Vermögensmassen des Erblassers und der Erben auseinanderzuhalten, um sie als getrennte Haftungsgrundlage zu erhalten [2]. Die Universalsukzession [3] wird durch sie ex tunc rückgängig gemacht.

Im Falle einer Mehrheit von Erben haben wir gesehen, dass diese vorerst gesamthänderisch Eigentümer der Erbschaft werden, und dass der einzelne Erbe nur Subjektsteil dieser Verögensmasse ist. Eine Verschmelzung der Erbschaft mit dem Individualvermögen der Erben hat demnach ohnehin noch nicht stattgefunden. Würde aber die Erbengemeinschaft über die Erbschaft weiterhin verfügungsberechtigt bleiben, so könnte eine Ueberführung der quotenmässigen Anteile an der

---

1) Jedoch nur für den Anteil des ausschlagenden Erben. TUOR, zum ZGB, Vorbemerkungen zu Art. 593 ff., N. 16 TUOR, zum ZGB, Art. 578 N. 27

2) ESCHER, zum ZGB, Vorbemerkungen zu Art. 593 ff.,N. 1 TUOR, zum ZGB, Vorbemerkungen zu Art. 593 ff., N. 1

3) Zur Universalsukzession vgl. oben S. 8

Erbschaft in die Individualvermögen der Erben ohne weiteres erfolgen, dem Zweck der Erbengemeinschaft entsprechend [1]. Aus diesem Grunde wird der Erbengemeinschaft die Verfügungsmacht über die Erbschaft entzogen und so die Verschmelzung mit dem Individualvermögen der Erben verhindert. Auch wenn diese Verschmelzung vorerst noch nicht stattfindet, so bleibt trotzdem die Erbengemeinschaft und damit indirekt der einzelne Erbe an der Erbschaft berechtigt bzw. verpflichtet, und die Stellung der daran Interessierten und Berechtigten [2] [3] würden sich durch oder ohne die Verschmelzung bei entsprechend negativer Vermögenslage verschlechtern.

Die Position der Erbengläubiger würde sich verschlechtern, wenn der überschuldete Erbe eine mehrheitlich aus Aktiven bestehende Erbschaft ausschlagen würde, um diese Vermögenswerte zugunsten seiner Miterben dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen, Art. 578 ZGB. Hier ist also nicht die Getrennthaltung der beiden Vermögensmassen das Ziel der amtlichen Liquidation, sondern eben deren Verschmelzung, d.h. genauer gesagt die Aussonderung der Quote des überschuldeten Erben. Dadurch können Gläubiger, welche dem Erben unter Umständen im Hin-

---

1) Vgl. oben S. 5

2) Für die Erben Art. 593 ZGB

3) Für die Erbschaftsgläubiger Art. 594 ZGB

blick auf die Erbanwartschaft Kredit gewährt haben, daraus befriedigt werden [1]. Diesem Erben wird die Verfügungsmacht über seine Quote entzogen und ihm dadurch das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft genommen, um diese Quote als Haftungsgrundlage für seine Gläubiger zu erhalten.

Der Entzug der Verfügungsmacht über die Erbschaft erfolgt, indem die zuständige Behörde - im Kanton Zürich der Einzelrichter (§ 215 Ziff. 23 ZPO) am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 538 ZGB) - auf Begehren der oben erwähnten Berechtigten die amtliche Liquidation gemäss Art. 595 ff. ZGB anordnet und einen Erbschaftsverwalter bzw. Erbschaftsliquidator einsetzt. Die Einsetzung erfolgt erst nach der Ueberprüfung der betreffenden Voraussetzungen, wie z.B. Erbenqualität, Gläubigereigenschaft etc. [2]; die Rechte an der Erbschaft werden den Erben für die Zeit der Durchführung des Verfahrens entzogen und auf den Liquidator übertragen. Sie leben jedoch wieder auf, wenn den Erben nach abgeschlossener Liquidation ein eventuell bestehender Ueberschuss ausgehändigt wird.

Für die hier gemachten Betrachtungen ist die Unterscheidung zwischen amtlicher und konkursamtlicher

---

1) Gegen die Annahme einer überschuldeten Erbschaft durch den verschuldeten Erben können sich sein Gläubiger nicht wehren. Ein Schuldner kann ja auch sonst nicht an der Vergrösserung seiner Schuldenlast gehindert werden.

2) TUOR, zum ZGB, Art. 595 N. 1

Liquidation unerheblich, da die Aufgabe, welche sie zu erfüllen haben, dieselbe ist und nur ihre Ausgestaltung Unterschiede aufweist [1].

Der Erbschaftsliquidator hat die Aufgabe, die Erbschaft zu verwalten und ist in dieser Hinsicht dem Erbschaftsverwalter gemäss Art. 544 ZGB gleichgestellt. Darüber hinaus muss er aber auch die Liquidation der Erbschaft durchführen, um die Nachlassverbindlichkeiten erfüllen und darnach eventuell vorgesehene Vermächtnisse ausrichten zu können, Art. 596 ZGB. Eine Versilberung der Erbschaft darf nur in dem Masse erfolgen, wie dies zu diesem Zwecke notwendig ist. Ein Ueberschuss ist der Erbengemeinschaft auszuliefern, wobei sich die Erben selber um die Teilung zu kümmern haben, denn die Teilung gehört nicht mehr zu den Aufgaben des amtlichen Liquidators.

Zur Ermittlung seiner Stellung im Prozess ist davon auszugehen, dass für die amtliche Liquidation der Vermögenskomplex der Erbschaft konsequent ein Sondervermögen bilden soll. Obwohl diesem Sondervermögen keine juristische Persönlichkeit zukommt, wird es geschäftsfähig [2], und der Liquidator wird zu seinem gesetzlichen Vertreter. Er führt Prozesse im Namen der Erbschaft und ist dadurch aktiv- und passivlegitimiert [3]. Aus diesem Grunde ist die Bezeichnung "Vertretung der Erben" als Titel dieses Teiles eben-

---

1) BGE 48 II 2

2) ESCHER, zum ZGB, Art. 596 N. 2

3) SCHWAGER S. 49 ff.

falls nicht zutreffend, wie auch schon beim Willensvollstrecker [1], denn hier handelt es sich ebenfalls um die gesetzliche Vertretung der ein Sondervermögen bildenden Erbschaft. Die Wirkungen seiner Handlungen, auch der Prozesshandlungen, treffen jedoch die Erben, denn diese sind nach wie vor das Subjekt der Erbschaft.

II Die Notwendigkeit und Wirkung der Vollmacht

1. Für den rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter der Erbengemeinschaft

Nach § 34 ZPO bedarf ein Parteivertreter grundsätzlich einer Vollmacht, wobei diese Bestimmung auch die Formen der Erteilung derselben festlegt: die schriftliche Vollmacht oder die von der vertretenen Partei zu Protokoll erklärte Vollmacht. Letztere zeigt uns, dass diese Bestimmung nur auf die rechtsgeschäftliche Vertretung Anwendung finden kann, denn eine Partei kann die Vollmacht nur aufgrund ihrer Handlungsfähigkeit mündlich zu Protokoll geben.

Nach der herrschenden Lehre wird die Erteilung einer Vollmacht zur Prozessführung als Prozesshandlung betrachtet, auch wenn diese in einer generellen Vollmacht

---

1) Vgl. oben S. 38

enthalten ist, denn ihre Wirkungen liegen auf dem Gebiet des Prozessrechtes [1]. Ein Indiz dafür, dass die Erteilung einer Vollmacht zur Prozessführung eine Prozesshandlung ist, liegt m.E. auch in der in § 34 Abs. 1 ZPO erwähnten zweiten Form der Erklärung zu Gerichtsprotokoll, denn diese ist ja nur im unmittelbaren Zusammenhang mit einem Prozess möglich. Die Berichtigung von Mängeln der Prozessvollmacht bestimmt sich denn auch aus dem Prozessrecht selbst, § 38 ZPO.

Da die Vollmachterteilung eine Prozesshandlung ist, muss der Erteiler handlungs- bzw. prozessfähig [2] sein, und er muss die Verfügungsberechtigung über das in Frage stehende Recht haben. Wie oben festgestellt [3], ist im Falle der Erbengemeinschaft nur die Gesamtheit der Erben verfügungsberechtigt, weshalb die Erteilung der Vollmacht an den rechtsgeschäftlichen Vertreter von jedem einzelnen Erben gebilligt werden muss. Für prozessunfähige oder beschränkt prozessfähige Erben muss ihr gesetzlicher Vertreter die Zustimmung zur Vollmachtserteilung geben.

---

1) GULDENER S. 207

2) Die Prozessfähigkeit geht mindestens so weit, wie die Handlungsfähigkeit.

3) Vgl. oben S. 3 ff.

§ 29 Abs. 1 ZPO schreibt vor, dass der Vertreter in den bürgerlichen Ehren und Rechten stehen muss, woraus sich in Verbindung mit § 48 des EG zum ZGB des Kantons Zürich ergibt, dass jede handlungsfähige natürliche Person ein rechtsgeschäftlich ernannter Prozessvertreter sein kann. Für gewerbsmässige Vertreter gelten weitere Bestimmungen des Anwaltsgesetzes vom 3. Juli 1938.

Für die Beteiligten ergeben sich aus der Prozessvollmacht folgende Wirkungen:

- Für die Erbengemeinschaft als Vollmachtgeber entfalten die Prozesshandlungen, welche der Bevollmächtigte vornimmt, direkte Wirkungen, so als hätten sie diese selbst vorgenommen. Trotzdem können auch die Erben bei Einstimmigkeit neben ihrem Vertreter Prozesshandlungen vornehmen, denn ein Verzicht auf die Betätigung im Prozess wird mit der Bevollmächtigung keinesfalls ausgesprochen [1].

- Für den Vertreter ergeben sich aus der Vollmacht alleine grundsätzlich noch keine Wirkungen, denn die Bevollmächtigung gilt als einseitiges Rechtsgeschäft. Es sind allenfalls vertragliche Abmachungen im Zusammenhang mit der Bevollmächtigung, welche den Vertreter zwingen, bestimmte Handlungen vorzu-

---

1) In diesem Sinne BURCKHARDT S. 296

nehmen. Gestützt auf die Vollmacht kann der Vertreter Prozesshandlungen vornehmen, welche die Erben treffen. Einer ausdrücklich dahin lautenden Vollmacht bedarf er jedoch für die Bestellung eines andern Vertreters, zum Abschluss eines Vergleichs, zur Anerkennung oder zum Rückzug der Klage und zum Abschluss eines Schiedsvertrages, § 35 Abs. 2 ZPO.

2. Für den gesetzlichen Vertreter der Erbengemeinschaft

Bei den oben [1] behandelten Fällen der gesetzlichen Vertretung ist wie folgt zu unterscheiden:

- Beim amtlich bestellten Erbenvertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB und beim amtlichen Erbschaftsverwalter gemäss Art. 554 ZGB handelt es sich um eine gesetzliche Vertretung der E r b e n, beschränkt auf die Angelegenheiten der Erbschaft vor ihrer Teilung.

- Beim Willensvollstrecker, Art. 517 f. ZGB und beim amtlichen Liquidator, Art. 593 ff. ZGB ist es eine gesetzliche Vertretung der ein Sondervermögen bil-

---

1) Vgl. oben S. 28 ff.

denden E r b s c h a f t. Da diesem Sondervermögen die juristische Persönlichkeit fehlt, wird hier der Sondervermögenscharakter in den Vordergrund geschoben, und diesem - ähnlich der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft - eine der Parteifähigkeit angenäherte Stellung eingeräumt [1].

Im Rahmen ihrer Aufgaben sind die gesetzlichen Vertreter der Erben bzw. der Erbschaft zur Prozessführung berechtigt, ja sogar verpflichtet. Dies ergibt sich daraus, dass den Erben die Verfügungsmacht über die Erbschaft entzogen, und auf den Vertreter übertragen worden ist. Die Vollmacht zur Prozessführung ergibt sich aus der Stellung als gesetzlicher Vertreter [2].

Aus § 108 ZPO ergibt sich, dass der Richter auch die Vollmacht eines gesetzlichen Vertreters überprüfen kann. In unserem Falle wird er überprüfen müssen, ob der in Frage stehende Prozess in den Rahmen der gesetzlichen Vertretungsbefugnis fällt, woraus sich dann - zusammen mit der obrigkeitlichen Ernennung - die Vollmacht ergibt.

---

1) GULDENER S. 114

2) TUOR, zum ZGB, zu Art. 554 N. 20, zu Art. 603 N. 58
ESCHER, zum ZGB, zu Art. 518 N. 31, zu Art. 554 N. 6, zu Art. 602 N. 78

BGE 79 II 117

Für die Beteiligten ergeben sich hier in bezug auf die Prozessführung durch den gesetzlichen Vertreter folgende Wirkung:

- Die Erben, deren Verfügungsmacht über die Erbschaft durch die gesetzliche Vertretung verdrängt wird, können als Hauptpartei keinerlei Prozesshandlungen selbständig vornehmen. Sie haben jedoch die Möglichkeit zur Nebenintervention, denn als Hauptpartei fehlt ihnen die Prozessführungsbefugnis. Nach GULDENER [1] ist dann eine Hauptpartei als Nebenintervenient zuzulassen, wenn ihr die Prozessführungsbefugnis fehlt. Er erachtet es als zulässig, dass der Gemeinschuldner als Nebenintervenient im Prozess der Masse auftreten kann. Aus denselben Ueberlegungen müssen die Miterben als Nebenintervenienten im Prozess zugelassen werden, der vom gesetzlichen Vertreter ihrer Erbschaft geführt wird. Hier wie dort handelt es sich um ein Sondervermögen, und hier wie dort ist dem Eigentümer (Hauptpartei) die Verfügungsmacht und damit die Prozessführungsbefugnis über dieses Sondervermögen entzogen worden.

- Der gesetzliche Vertreter ist zur Prozessführung berechtigt und verpflichtet, denn er hat die Interessen der Erbschaft bzw. der Erben vollumfänglich

---

1) GULDENER S. 277 f.

zu wahren und muss unter Umständen auch von sich aus handeln. Er muss sämtliche Prozesshandlungen vornehmen, woraus sich für Dritte (vor allem für das Gericht und die Gegenpartei) ergibt, dass sie ihm gegenüber ihre Prozesshandlungen zur Kenntnis bringen müssen.

III Die Vertretung durch einen Miterben ohne Vollmacht in Dringlichkeitsfällen

Aus der Notwendigkeit zur Streitgenossenschaft für die Erbengemeinschaft ergibt sich, dass grundsätzlich nur alle Erben gemeinsam oder durch ihren Vertreter zur Klageerhebung und zu anderen wichtigen Prozesshandlungen berechtigt sind. Der Notwendigkeit gehorchend hat das Bundesgericht [1] jedem einzelnen Miterben - soweit er handlungsfähig ist - das Recht eingeräumt, selbständig und ohne entsprechende Vollmacht einen Prozess im Namen der Erbengemeinschaft zu führen. Es hatte sich nämlich gezeigt, dass die Schwerfälligkeit der Erbengemeinschaft in ihrem Auftreten nach aussen, und somit auch im Prozess, eine übermässige Benachteiligung mit sich brachte, indem z.B. bei Klagen, welche innerhalb einer kurzen Frist anhängig gemacht werden müssen [2], die Verwirkung eintritt, wenn in der

---

1) Erstmals in BGE 58 II 195, Bestätigung dieser Praxis z.B. in BGE 74 II 217 und 93 II 15

2) Zum Beispiel bei der Widerspruchsklage, Art. 107 SchKG: Frist 10 Tage

kurzen Zeit die notwendige Zustimmung aller Erben nicht eingeholt werden kann und die Einsetzung einer amtlich bestellten Erbenvertretung gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB in so kurzer Zeit nicht möglich ist.

Aus diesem Grunde lässt das Bundesgericht die Befugnis des einzelnen Erben zur Prozessführung ohne Vollmacht nur so lange zu, als das Interesse der Erbengemeinschaft ein rasches Handeln erfordert. Entfällt aber diese Dringlichkeit oder besteht die Möglichkeit, die Zustimmung aller Miterben einzuholen, oder eine Vertretung zu bestellen, so muss der Prozess den Gesetzmässigkeiten der notwendigen Streitgenossenschaft entsprechend weitergeführt werden.

Der so handelnde Erbe tritt als gesetzlicher Vertreter der Erbengemeinschaft auf; er muss bei Wegfall der Dringlichkeit die Vollmacht seiner Miterben erbringen [1], was ihn zum rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter der Erbengemeinschaft machen würde. Es können aber auch die Gesamtheit der Erben als notwendige Streitgenossen in den Prozess eintreten, ohne sich weiter vertreten zu lassen, wobei es meiner Ansicht nach so gehalten werden muss, als ob alle Miterben von Anfang an am Prozess beteiligt gewesen wären.

Dieses Abweichen vom Prinzip des gemeinsamen Vorgehens der Erbengemeinschaft als notwendige Streitgenossenschaft im Prozess behebt die Schwerfälligkeit derselben allerdings nicht grundlegend: Versagen die Miterben ihrem Vertreter in Dringlichkeitsfällen die

---

1) § 38 Abs. 2 ZPO

Zustimmung zur alleinigen Weiterführung des Prozesses, so fehlt ihm die Aktivlegitimation; wollen sie auch nicht als Gesamtheit in den Prozess eintreten, so fehlt es überhaupt an einer prozesswilligen Partei. Dem prozesswilligen Erben bleibt nur noch die Möglichkeit, einen amtlich bestellten Erbenvertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB zu verlangen, damit der begonnene Prozess eventuell aufgrund der gesetzlichen Vertretungsmacht des Erbenvertreters weitergeführt werden könnte, falls das streitige Recht in seinen Aufgabenkreis fällt. Nun gibt es aber immer noch zwei Möglichkeiten, dass der Prozess n i c h t fortgesetzt wird:

- Die Ernennung des Erbenvertreters gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB liegt im Ermessen der Behörde, was bedeutet, dass ein solcher nicht auf jedes Verlangen hin eingesetzt werden muss [1].

- Würde ein solcher tatsächlich eingesetzt, so läge es in seinem Ermessen, den angehobenen Prozess weiterzuführen, d.h. er könnte dies ablehnen.

Nach der geltenden Bundesgerichtspraxis würde demnach dem prozesswilligen Erben nachträglich die Möglichkeit wieder genommen, um eventuell bestehende Erbschaftsrechte zu prozessieren.

Dadurch ist das Bundesgericht meines Erachtens auf halbem Wege stehengeblieben. Setzt man nämlich diese

---

1) Vgl. oben S. 29/30

Vertretung der Erbengemeinschaft in Dringlichkeitsfällen in Relation zu den Interessen [1] aller Erben, so kommt man zu dem Schluss, dass der einzelne Erbe als Vertreter so weit handeln dürfte, als er dadurch die Interessen seiner Miterben nicht beeinträchtigt. Wenn es nun das Bundesgericht zulässt, dass ein einzelner Erbe in Dringlichkeitsfällen als gesetzlicher Vertreter der Erbengemeinschaft seine Miterben verpflichtet, indem er Klage erheben darf, so ist nicht einzusehen, wieso er den Prozess mit Wirkung für alle nicht weiterführen kann, denn durch die zugelassene Klageerhebung sind für die Miterben bereits Kosten entstanden, d.h. es hat bereits ein Einbruch in die Interessen der Miterben stattgefunden. Die Weiterführung des Prozesses würde die Kosten in der Regel nicht mehr wesentlich vergrössern, und ein negativer Ausgang des Prozesses würde für die nicht-prozesswilligen Erben keine tatsächliche Schmälerung ihrer Interessen bedeuten, denn der Verzicht auf die Prozessführung kommt einem Verzicht auf das Recht selbst gleich.

---

1) Vgl. oben S. 6/7

Drittes Kapitel

D I E E R B E N G E M E I N S C H A F T I M P R O Z E S S M I T D R I T T E N

I Der Gerichtsstand

1. Im Aktivprozess

Im Aktivprozess tritt die Erbengemeinschaft als Klägerin auf, weshalb sich die Bestimmung des Gerichtsstandes in der Regel aus Eigenschaften der beklagten Gegenpartei ergibt. Es kommen die allgemeinen Bestimmungen über den Gerichtsstand, §§ 1 ff ZPO, zur Anwendung.

2. Im Passivprozess

Im Passivprozess wird die Erbengemeinschaft oder auch einzelne Erben in die Rolle des Beklagten gedrängt, indem Klage gegen sie erhoben wird.

Bei Leistungsklagen kann gegen einzelne Erben direkt vorgegangen werden. Letzteres auf Grund von Art. 603 ZGB, wonach alle Erben für Schulden des Erblassers, aber auch für solche der Erbschaft und für Vermächtnisse [1], solidarisch haften, weshalb direkt gegen jeden einzelnen Erben geklagt werden kann [2].

Für Gestaltungs- [3] und Feststellungsklagen [4] ist davon auszugehen, dass die Erbengemeinschaft im Prozess mit Dritten grundsätzlich als notwendige Streitgenossenschaft auftreten muss [5], d.h. es muss gegen jeden Erben vorgegangen werden [6]. Für diese beiden Klagearten sieht das materielle Recht keine spezielle Regelung vor, im Gegensatz zu den bereits erwähnten Leistungsklagen, für welche Art. 603 ZGB ausdrücklich die Solidarhaftung statuiert.

---

1) Vgl. oben S. 8/9

2) Trotzdem haben die übrigen Miterben die Möglichkeit, direkt auf dieses Verfahren einzuwirken: durch die Nebenintervention oder die Streitverkündung. Vgl. unten S. 76 f.

3) Z.B. Klagen auf Aufhebung von Miteigentum gemäss Art. 651 Abs. 2 ZGB, wenn die Erbengemeinschaft Eigentümerin eines Miteigentumsanteils ist.

   Z.B. Klage auf Auflösung einer einfachen Gesellschaft gemäss Art. 545 Ziff. 7 OR, wenn der Erblasser Gesellschafter war und der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass die Gesellschaft mit den Erben fortbestehen soll (Art. 545 Ziff. 1 OR).

   Vgl. auch WALDER S. 145

4) Z.B. Klage auf Feststellung, dass ein zwischen dem Kläger und dem Erblasser abgeschlossener Grundstückkaufvertrag rechtsverbindlich ist (Vgl. WALDER S. 236)

5) Vgl. oben S. 23 f.

6) TUOR, zum ZGB, Art. 602 N. 32

Es muss also unterschieden werden zwischen dem Zwang, gegen die Gesamtheit der Erben als notwendige Streitgenossen klagen zu müssen, und der Möglichkeit, direkt jeden einzelnen Erben ins Recht zu fassen.

a) Klage gegen die Erbengemeinschaft

Für erbrechtliche Auseinandersetzungen [1] hat der Gesetzgeber in Art. 538 ZGB den besonderen Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers statuiert. Der Grund dazu liegt darin, dass ein bestimmter, für die ganze Erbschaft einheitlicher Ort festgelegt werden sollte, an dem die auf die Erbschaft als solche bezüglichen Handlungen, dienen sie deren Erhaltung, dem Schutze der Erben oder der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Erbrecht, vorzunehmen sind. Als solcher Ort drängt sich der Ort des letzten Gerichtsstandes des Erblassers auf [2].

Für nicht-erbrechtliche Klagen gegen die Erbengemeinschaft, welche n i c h t aufgrund der Solidarhaftung in Art. 603 ZGB gegen einen einzelnen Erben geltend gemacht werden können [3], hat der Gesetzgeber jedoch keinen besonderen Gerichtsstand statuiert. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Aufzählung in Art. 538 Abs. 2 ZGB eine abschliessende ist, oder ob nicht noch weitere Fälle hinzukommen [4].

---

1) STRAEULI/MESSMER zu § 39 Nr. 7

2) TUOR, zum ZGB, Art. 538 N. 1

3) Z.B. Gestaltungs- oder Feststellungsklagen

4) TUOR, zum ZGB, Art. 538 N. 1
STRAEULI/MESSMER, zu § 5 N. 3

Aufgrund folgender Ueberlegungen kann m.E. der Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers auch für nicht-erbrechtliche Klagen gegen die Erbengemeinschaft herangezogen werden:

- Das zentrale Problem in diesem Zusammenhang ist die Gerichtsstandsgarantie in Art. 59 BV; da der Erbengemeinschaft keine juristische Persönlichkeit zukommt [1] und es an einer Bestimmung fehlt, die ihr das Auftreten unter einer Kollektivbezeichnung - wie z.B. der Kollektiv- [2] oder der Kommanditgesellschaft [3] - erlauben würde, müsste gegen jeden einzelnen Erben an dem für ihn zuständigen Gericht geklagt werden. Dadurch wäre jedoch nicht gewährleistet, dass jedes dieser verschiedenen Gerichte gleich entscheiden würde, und das gegen einen Erben erstrittene Urteil wäre wirkungslos, wenn die Urteile gegen die anderen Erben anders ausfallen würden [4]. Zudem könnte jeder Erbe gegen die gegen ihn erhobene Einzelklage die Einsprache mehrerer Streitgenossen [5] erheben, worauf jede dieser Einzelklagen wegen mangelnder Passivlegitimation abgewiesen werden müsste [6]. Aufgrund der gesamthänderischen Ausgestaltung der Erbengemeinschaft durch das materielle Recht [7] muss jedoch allen Erben gegenüber gleich ent-

---

1) BGE 79 II 116, E. 4 / Vgl. oben S. 4

2) Art. 562 OR

3) Art. 602 OR

4) BGE 69 I 8 E. 4
GULDENER S. 270, Ziff. 4

5) Vgl. unten S. 74 ff.

6) STRAEULI/MESSMER zu § 39 N. 12 / GULDENER S. 269

7) Vgl. oben S. 23

schieden werden [1].

Die Gewährleistung dafür, dass gegen jeden Erben gleich entschieden wird, und dafür, dass eine Entscheidung wegen der gegenseitig erhobenen Einrede mehrerer Streitgenossen nicht verunmöglicht wird, ist dann gegeben, wenn ein und derselbe Richter über die Klage gegen die gesamte Erbengemeinschaft entscheidet. Aus diesem Grunde sollte das materielle Recht dort, wo es die Notwendigkeit zur Streitgenossenschaft statuiert für dieselbe auch einen gemeinsamen Gerichtsstand statuieren, was es in den meisten anderen Fällen auch tut [2].

- In Bezug auf die Erbengemeinschaft hat das Bundesgericht [3] mehrheitlich entschieden, dass der Grundsatz von Art. 59 BV nicht allen beklagten Erben gegenüber eingehalten werden kann; eine Einschränkung muss er insbesondere dann erleiden, wenn eine gemeinsame Belangung mehrerer Beklagten an einem Orte ermöglicht werden muss, weil bei Nichtbelangung aller Beklagten im gleichen Prozess eine Verhandlung und Entscheidung unmöglich ist.

Die Bestimmung eines Gerichtsstandes für nicht-erbrechtliche Klagen, welche nicht aufgrund der Solidarhaftung in Art. 603 ZGB gegen einen einzelnen Erben geltend gemacht werden können, ist aber aus den dar-

---

1) WALDER S. 145

2) STRAEULI/MESSMER zu § 39 N. 11

3) BGE 69 I 8 E. 4/51 I 49 E. 2

gelegten Gründen notwendig. Im Gegensatz zu anderen, gleichgelagerten Fällen [1] hat dies der Gesetzgeber vorliegend nicht getan. Es fehlt an der erforderlichen gesetzlichen Anordnung, und diese Lücke [2] muss durch richterliche Rechtsfindung aus dem Bundesrecht ausgefüllt werden [3].

Gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB soll der Richter, wenn dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann, nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Mangels Gewohnheitsrecht für diesen speziellen Fall muss demnach nach der Regel entschieden werden, welche der Gesetzgeber aufstellen würde. In diesem Sinne eignet sich m.E. der Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers am ehesten. Es ist dies der Ort, zu dem die Erbmasse in der Regel die meisten und engsten Beziehungen hat [4]; an diesem Ort sind die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse in der Regel am besten bekannt [5]. Es können hier dieselben Gründe herangezogen werden, wie sie für die Festlegung des Gerichtsstandes des letzten Wohnsitzes des Erblassers für erbrechtliche Klagen Geltung haben.

---

1) STREULI/MESSMER zu § 39 N. 6-9

2) MEYER-HAYOZ, zum ZGB, Art. 1 N. 25

3) WALDER S. 29
GULDENER S. 49

4) Aehnliche Begründung in BGE 40 I 81; bezüglich Forderungsklagen wird diese Begründung im Hinblick auf Art. 603 ZGB an gleicher Stelle in Frage gestellt.

5) TUOR, zum ZGB, Art. 538 N. 1

- Aber auch aus Gründen der Erleichterung der Durchsetzung des materiellen Rechtes und aus Gründen der Prozessoekonomie [1] ist m.E. der letzte Wohnsitz des Erblassers für nicht-erbrechtliche Klagen gegen die gesamte Erbengemeinschaft am geeignetsten. Dieser Ort dürfte sowohl dem Gericht als auch den Parteien am ehesten bekannt oder zumindest am einfachsten eruierbar sein; hier sind auch - wie bereits erwähnt - die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse des Erblassers am ehesten bekannt bzw. am einfachsten eruierbar, was für das Verfahren zweifellos eine Erleichterung darstellt.

b) Klage gegen einen einzelnen Erben

Auf Grund der in Art. 603 ZGB statuierten Solidarhaftung [2] ist es möglich, dass für Leistungsklagen ein einzelner Erbe ins Recht gefasst werden kann. Der Gerichtsstand ergibt sich hier aus dem Wohnort dieses Erben und es kommen allgemein die Bestimmungen des Einzelbeklagten zur Anwendung, § 2 ZPO.

c) Besondere Gerichtsstände für Klagen gegen die Erbengemeinschaft

Sind die jeweiligen Voraussetzungen dafür erfüllt, kann gegen die Erbengemeinschaft an den in der Folge aufgezählten besonderen Gerichtsständen Klage erhoben werden:

---

1) MEYER-HAYOZ, zum ZGB, Art. 1 N. 71

2) Vgl. oben S. 8

ca) Der Gerichtsstand am Ort der Niederlassung

Klagen, welche mit einer geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung des Beklagten in Zusammenhang stehen, können am Ort der Niederlassung erhoben werden, § 3 ZPO. Ist die Erbengemeinschaft als Beklagte Eigentümerin eines Geschäftsbetriebes, welcher seine geschäftliche Tätigkeit dauernd an einen oder mehreren [1] bestimmten Orten mit einer gewissen Selbständigkeit [2] ausübt [3], so kann die Erbengemeinschaft an diesem besonderen Gerichtsstand der Geschäftsniederlassung beklagt werden, sofern die Klage mit dem Geschäftsbetrieb in Zusammenhang steht [4]. Nach einhelliger Lehre [5] und Rechtsprechung [6] wird dieser Gerichtsstand als mit Art. 59 BV vereinbart bezeichnet. Im Gegensatz zum ordentlichen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten begründet der besondere Gerichtsstand am Ort der Niederlassung nur örtliche Beziehungen zu Sonderzwecken [7], welche ausschliesslich in der Natur des Geschäftsbetriebes liegen. Die Begründung des Gerichtsstandes am Ort der Niederlassung liegt

---

1) BGE 53 I 124 ff.

2) BGE 77 I 123 f. E. 2 und die dort zitierten Entscheide
GULDENER S. 79

3) STRAEULI/MESSMER zu § 3 N. 3

4) GULDENER S. 78

5) STRAEULI/HAUSER zu § 2 N. 17
WALDER S. 94 f.
STRAEULI/MESSMER zu § 3 N. 1
GULDENER S. 78 Anm. 16

6) BGE 77 I 123 f. / 81 I 57 E. 3/ 90 I 108 E. 2 b

7) GULDENER S. 78

demnach in der s a c h l i c h e n Beziehung des Geschäftsbetriebes zu seinem Standort und ist unabhängig von der Person des Geschäftsinhabers. Die Erbengemeinschaft kann daher für Klagen, welche mit der geschäftlichen Niederlassung in Zusammenhang stehen - genau wie jeder andere Geschäftsinhaber - am Ort der Niederlassung des Geschäftsbetriebes, dessen Eigentümerin sie ja ist, eingeklagt werden.

cb) Der Gerichtsstand am Spezialdomizil

Wer zur Erfüllung einer Verbindlichkeit schriftlich ein besonderes Domizil gewählt hat, kann an diesem Ort dafür belangt werden, § 4 ZPO [1]. Bezogen auf die Erbengemeinschaft als Beklagte kann sich dieser Gerichtsstand daraus ergeben, dass noch der Erblasser eine schriftliche Erklärung abgegeben hatte, wonach er sich für die in Frage stehende Verbindlichkeit am erwähnten Spezialdomizil so behandeln lasse, als hätte er dort seinen Wohnsitz [2]. Dem durch den Erblasser festgelegten Zusammenhang zwischen einer bestehenden Verbindlichkeit und einem Spezialdomizil und dem sich daraus ergebenden besonderen Gerichtsstand haben sich m.E. auch die Erben zu unterziehen. Der besondere Gerichtsstand am Spezialdomizil ist selbstverständlich auch dann gegeben, wenn die Erbengemeinschaft selbst für die

---

1) Vgl. dazu auch die Ausführungen von STRAEULI/MESSER zu § 4

2) WALDER S. 95

Erfüllung von Verbindlichkeiten aus der Erbmasse eine solche schriftliche Erklärung abgegeben hat.

cc) Der Gerichtsstand am letzten Wohnsitz des Erblassers

Klagen der Erbschaftsgläubiger gegen den Nachlass sind am letzten Wohnsitz des Erblassers zu erheben, solange die Teilung nicht erfolgt und keine vertragliche Gemeinderschaft gebildet ist, § 5 ZPO. Schon unter der alten ZPO, wo sie in § 5, 2. Satz enthalten war, hat diese Bestimmung zu Kontroversen geführt [1]. Der Grund liegt darin, dass das materielle Recht die Erbschaft direkt auf die Erben überträgt, Art. 560 Abs. 1 ZGB, und darin, dass die Erben für Schulden des Erblassers solidarisch haften Art. 603 ZGB. Aus diesem Grunde ist der in § 5 ZPO erwähnte "Nachlass" kein Rechtssubjekt [2] und deshalb auch nicht parteifähig [3]. Daran kann auch die Spezialbestimmung in Art. 49 SchKG nichts ändern [4], denn diese Bestimmung ist speziell auf das Zwangsvollstreckungsverfahren zugeschnitten, weshalb deren Geltung auf dieses Verfahren beschränkt bleibt [5]. Die Erben könnten sich daher, gestützt

---

1) Vgl. STRAEULI/HAUSER zu § 5 N. 3
GULDENER S. 81
ZR 1927 Nr. 129

2) Vgl. oben S. 71 ff.

3) GULDENER S. 81

4) Anderer Ansicht: STRAEULI/MESSMER zu § 5 N. 2

5) BGE 53 II 353 f.

auf Art. 59 BV, auf ihren ordentlichen Gerichtsstand berufen, was § 5 ZPO als wirkungslos erscheinen lässt [1].

Der Gerichtsstand gemäss § 5 ZPO kann m.E. dann berücksichtigt werden, wenn sowohl der letzte Wohnsitz des Erblassers, als auch der Wohnsitz des oder der beklagten Erben im Kanton Zürich liegen. Die beklagten Erben haben dann nicht die Möglichkeit, sich gestützt auf Art. 59 BV auf den ordentlichen Gerichtsstand ihres Wohnsitzes zu berufen, denn gemäss Lehre und Rechtssprechung bezeichnet Art. 59 BV nur den Kanton, dessen Gerichte kompetent sein sollen, nicht auch das zuständige Gericht innerhalb des Kantons [2]. Die Kantone sind befugt, innerkantonal auch für persönliche Ansprachen besondere, vom Wohnsitz abweichende Gerichtsstände zu schaffen [3]. Gestützt auf diese Befugnis kann der kantonale Gesetzgeber Klagen, welche gegen im Kanton Zürich domizilierte Erben erhoben werden, an den letzten Wohnsitz des Erblassers verweisen, sofern dieser ebenfalls im Kanton Zürich liegt.

cd) Der Gerichtsstand am Ort des Grundstückes

Klagen über Eigentum oder andere dingliche Rechte an Grundstücken sind dort zu erheben, wo das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre, § 6 Abs. 1 ZPO. Dem Wortlaut entsprechend

---

1) Vgl. dazu die ausführliche Kritik von WALDER S. 96

2) GULDENER S. 58

3) ZR 1927 Nr. 129

handelt es sich hier um einen a u s s c h l i e s s - l i c h e n Gerichtsstand [1], weshalb er auch auf diesbezügliche Klagen gegen die Erbengemeinschaft angewendet werden muss. Die Erben können sich nicht auf ihren Wohnsitzrichter berufen, denn diese sogenannten dinglichen Klagen sind keine persönlichen Ansprachen im Sinne von Art. 59 BV [2].

Gemäss § 6 Abs. 2 ZPO können Klagen auf Uebertragung von Grundeigentum, auf Einschränkung beschränkter dinglicher Rechte an Grundstücken und andere Klagen, die mit einem Grundstück in Zusammenhang stehen - auch gegen die Erbengemeinschaft - am Ort des Grundstückes erhoben werden. Es ist jedoch zu beachten, dass interkantonal gesehen, solche Klagen nur dann am Ort des Grundstückes angehoben werden können, wenn um die dingliche Berechtigung gestritten wird [3], denn durch die subjektiv dingliche Verknüpfung der Verpflichtung mit dem Eigentum am Grundstück wird das vorgemerkte Recht in seiner Wirkung einem dinglichen Recht angenähert [4].

ce) Der Gerichtsstand am Ort der beweglichen Sache

Klagen über Eigentum oder andere dingliche Rechte an beweglichen Sachen sowie über Forderungen, die durch ein Faustpfand oder Retentionsrecht gesichert

---

1) STRAEULI/MESSMER zu § 6/7 N. 4
2) GULDENER S. 79 Anm. 20 d
3) WALDER S. 96 Anm. 31
4) STRAEULI/MESSMER zu § 6/7 N. 13

sind, können am Ort der gelegenen Sache erhoben werden, § 7 Abs. 1 ZPO. Auch dieser Gerichtsstand bestimmt sich nach der Natur des zu beruteilenden Klageanspruches [1], weshalb er unabhängig ist von der Person des Beklagten. Aus diesem Grunde kann auch die Erbengemeinschaft für Klage gemäss § 7 Abs. 1 ZPO am Ort der beweglichen Sache eingeklagt werden.

cf) Der Gerichtsstand am Ort der gerichtlichen Anordnung

Klagen auf Herausgabe hinterlegter Sachen, auf Beanspruchung geleisteter Sicherheiten oder auf Schadenersatz wegen Erwirkung ungerechtfertigter vorsorglicher Massnahmen können dort erhoben werden, wo die Sicherstellung oder Massnahme gerichtlich angeordnet wurde, § 8 ZPO. Die hier aufgezählten Klagen knöpfen an eine gerichtliche [2] Hinterlegung oder an eine gerichtlich auferlegte Sicherheitsleistung im Zusammenhang mit dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme an. Das Charakteristikum dieser Gerichtsstandsbestimmung liegt demnach in der vorangegangenen gerichtlichen Verfügung und nicht in der Person des Beklagten.

---

1) STRAEULI/MESSMER zu § 6/7 N. 6

2) Eine freiwillige Sicherheitsleistung seitens des Schuldners zwecks Erlangung der gegnerischen Vertragserfüllung fällt nicht unter diese Gerichtsstandsbestimmung.
STRAEULI/MESSMER zu § 8 N. 6

Betraf nun eine solche gerichtliche Verfügung den noch lebenden Erblasser, so konnten die Klagen gemäss § 8 ZPO gegen ihn am Ort der gerichtlichen Anordnung anhängig gemacht werden. Infolge der erwähnten Anknüpfung an eine vorangegangene gerichtliche Verfügung kann m.E. nach dem Tod des Erblassers auch die Erbengemeinschaft für solche Klagen am Ort der gerichtlichen Anordnung in Anspruch genommen werden.

cg) Der Gerichtsstand für Betreibungssachen

Alle betreibungsrechtlichen Klagen, für die das summarische oder beschleunigte Verfahren vorgeschrieben ist, sind am Ort der Betreibung, des Konkurses, des Arrestes oder der Retention zu erheben. Widerspruchsklagen, die sich gegen den Inhaber des Gewahrsams an der gepfändeten Sache richten, sind am Ort der gelegenen Sache zu erheben, wenn der Betreibungsort in einem anderen Kanton liegt, § 9 ZPO. Dieser ausserordentliche[1] Gerichtsstand[2] findet auch für betreibungsrechtliche Klagen gegen die Erbengemeinschaft Anwendung.

ch) Der Gerichtsstand am Deliktsort

Klagen aus unerlaubter Handlungen sowie Klagen auf Unterlassung einer Handlung in der Schweiz können

---

1) WALDER S. 97

2) STRAEULI/MESSMER zu § 9 N. 1

am Ort der Tat oder des Erfolgseintritts erhoben werden, wenn der Beklagte in der Schweiz keinen Wohnsitz hat, § 10 ZPO. Auch hier erfolgte m.E. eine sachliche Zuordnung des Gerichtsstandes, weshalb die Erbengemeinschaft für Klagen aus unerlaubten Handlungen, welche der Erblasser begangen hatte, am Deliktsort eingeklagt werden kann [1].

ci) Der vereinbarte Gerichtsstand

Für Rechtsstreitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis kann durch schriftlichen Vertrag der Parteien oder durch Satzung juristischer Personen ein Gerichtsstand begründet werden, § 11 Abs. 1 ZPO[2]. Hat ein Erblasser einer solchen Gerichtsstandsvereinbarung zugestimmt, so ist diese nach seinem Tod auch für die Erben als seine Rechtsnachfolger verbindlich, sofern sie nicht rein persönlichen Charakter[3] hatte.

---

1) Gemäss STRAEULI/MESSMER zu § 10 N. 7 und den dort zizierten Autoren ist der Gerichtsstand von § 10 ZPO richtigerweise wohl auch gegen den Rechtsnachfolger des Delinquenten gegeben.

2) Es kann sich hier nur um Rechtsstreitigkeiten handeln, für welche das Bundesrecht keine zwingenden Gerichtsstandsvorschriften erlassen hat. Vgl. STRAEULI/MESSMER zu § 11 N. 4, WALDER S. 108.

3) BGE 56 I 508 / 87 I 56 E. 3 b
ZR 33 Nr. 39, SJZ 54 S. 310 Nr. 168

In Abs. 2 derselben Bestimmung wird durch zusätzliche Bedingungen eine gewisse Abgrenzung für die Prorogation an Zürcherische Gerichte vorgenommen [1]. Uebertragen auf die Erbengemeinschaft ergibt sich daraus, dass am vereinbarten Gerichtsstand im Kanton Zürich auf jeden Fall geklagt werden kann, wenn die Gegenpartei der Erbengemeinschaft eine der ersten beiden Voraussetzungen in § 11 Abs. 2 ZPO erfüllt. Hat die Gegenpartei ausserhalb des Kantons Zürich in der Schweiz ihren Wohnsitz, so muss m.E. mindestens einer der Miterben seinen Wohnsitz im Kanton Zürich haben, damit die Erbengemeinschaft am vereinbarten Gerichtsstand im Kanton Zürich beklagt werden kann.

Selbstverständlich kann auch die Erbengemeinschaft selbst eine solche Gerichtsstandsvereinbarung eingehen.

II Die Sachlegitimation

Die Frage der Sachlegitimation entscheidet sich für die Erbengemeinschaft nach Bundesrecht aufgrund folgender Kriterien:

- Einerseits schreibt Art. 602 Abs. 2 ZGB für Verwaltungs- und Verfügungshandlungen ein gemeinsames Vorgehen aller Erben vor; wie schon früher festgestellt,

---

1) Vgl. dazu WALDER S. 106 ff.

entspricht gemäss Lehre [1] und Rechtssprechung [2] die Geltendmachung von Ansprüchen im Prozess einer Verfügung über dieselben.

- Andererseits fehlt es an einer positiven Bestimmung, welche der Erbengemeinschaft die juristische Persönlichkeit zuspricht oder ihr ein Auftreten unter einer Kollektivbezeichnung erlauben würde [3], wie dies z.B. bei der ebenfalls gesamthänderischen Kollektivgesellschaft, Art. 562 OR, oder bei der Kommanditgesellschaft, Art. 602 OR, der Fall ist. Die zuweilen vertretene Ansicht, das Auftreten unter einer Kollektivbezeichnung lasse sich auch aus Art. 49 SchKG herleiten [4], kann nicht zutreffend sein, denn diese Bestimmung ist speziell auf das Zwangsvollstrekkungsverfahren zugeschnitten [5] und legt nur die passive Betreibungsfähigkeit fest. Es ginge zu weit, daraus auch die Parteifähigkeit herzuleiten.

Daraus ergibt sich, dass grundsätzlich die Sachlegitimation nur dann gegeben ist, wenn alle Erben gemeinsam als notwendige Streitgenossen am Prozess beteiligt sind [6] [7]. Abgesehen von den verschiedenen gesetzlichen

---

1) MEIER-HAYOZ, Kommentar zum Sachenrecht, Art. 653 N. 3
LEMP, Kommentar zum Eherecht, Art. 216 N. 20

2) BGE 50 II 221 / 74 II 217

3) BGE 79 II 115 E. 4

4) Z.B. SCHREIBER S. 57

5) BGE 53 II 353 f.

6) BGE 93 II 14 f.

7) KUMMER S. 193

Vertretungsformen und der Möglichkeit, aufgrund der Solidarhaftung aus Art. 603 ZGB gegen einen einzelnen Erben vorzugehen, gibt es bundesrechtlich anerkannte Ausnahmen vom Prinzip der gemeinsamen, ungeteilten Sachlegitimation:

- Machen die übrigen Erben zusammen gegen einen Miterben einen Anspruch geltend, der zur Erbschaft gehört, so können diese zusammen - m.E. ihrerseits als notwendige Streitgenossenschaft - gegen jene vorgehen [1]. Es handelt sich hier nicht um eine eigentliche erbrechtliche Auseinandersetzung unter Miterben, sondern darum, dass der Schuldner der Erbschaft zufällig ein Erbe ist.

- Verzichtet ein Erbe zugunsten seiner Miterben auf seinen Erbteil, dann ist die Sachlegitimation der Erbengemeinschaft gegeben, wenn die verbliebenen daran berechtigten Erben am Prozess beteiligt sind [2].

Es wurde auch schon die Meinung vertreten, der einzelne Erbe könne analog zur gemeinschaftlichen Berechtigung an einer unteilbaren Leistung gemäss Art. 70 OR [3] die Leistung an alle Miterben verlangen. Dies entspricht jedoch in keiner Weise dem Wesen der Erbengemeinschaft als Gesamthandsverhältnis und steht in di-

---

1) BGE 54 II 243

2) BGE 51 II 269

3) Z.B. JOST "Die Aktivlegitiamtion zu erbrechtlichen Klagen" SJZ 46 S. 149

rektem Widerspruch zu Art. 602 Abs. 2 ZGB. Die Gefahr einer solchen Lösung liegt darin, dass die unsachgemässe, mangelhafte Prozessführung des einzelnen klagenden Erben den Verlust oder die Beeinträchtigung der in Frage stehenden Forderung für die gesamte Erbengemeinschaft zur Folge hat. Das Bundesgericht [1] und verschiedene Autoren [2] lehnen eine analoge Anwendung von Art. 70 OR auf die Erbengemeinschaft entschieden ab.

III Die Einrede mehrerer Streitgenossen

Wie wir oben gesehen haben, verlangt das Bundesrecht [3] für die Erbengemeinschaft grundsätzlich die gemeinsame Prozessführung aller Miterben. Sind nun nicht alle Erben in den Prozess mit einbezogen, sei es als Beklagte oder als Kläger, so kann die Einrede mehrerer Streitgenossen erhoben werden.

Mit dieser Einrede wird darauf hingewiesen, dass der geltend gemachte Anspruch nicht gegen die Beklagten alleine geltend gemacht werden kann (wenn nicht alle Erben mit der Klage erfasst worden sind), oder dass

---

1) BGE 50 II 119 ff. / 51 II 269 E. 1 / 54 II 243 f.

2) Z.B. KUMMER S. 189 ff.
ESCHER, zum ZGB, Art. 602 N. 58
TROLLER "Die Prozessführungsbefugnis des Miterben" ZSR 60 S. 85 ff.

3) BGE 93 II 14 f.

er nicht den Klägern allein zusteht (wenn nicht alle Erben gemeinsam klagen) [1]. In beiden Fällen wäre die Sachlegitimation jeweils nicht gegeben [2]. Der Richter muss aber m.E. nicht nur auf die Einrede der Gegenpartei hin in dieser Richtung tätig werden.

Indem nicht alle Berechtigten gemeinsam klagen bzw. nicht alle Verpflichteten gemeinsam eingeklagt werden, wird gegen einen bundesrechtlichen Grundsatz verstossen, welcher von Amtes wegen zu beachten ist [3].

Werden nun auf Kläger- oder Beklagtenseite [4] nicht alle Erben als notwendige Streitgenossen erfasst, so muss der Richter die Klage abweisen. Da sich die Sachlegitimation nach dem materiellen Recht beurteilt [5], muss die Klage durch ein Sachurteil abgewiesen werden [6].

---

1) GULDENER S. 269

2) BGE 60 II 176 / 74 II 216

3) Zum Verhältnis Bundesrecht - kantonales Recht vgl. oben S. 22/23

4) Auf Beklagtenseite kommt die notwendige Streitgenossenschaft nur für Feststellungs- und Gestaltungsklagen in Frage. Bei Forderungsklagen können aufgrund von Art. 603 ZGB direkt die einzelnen Erben ins Rechts gefasst werden. Vgl. oben S. 57.

5) STRAEULI/MESSMER zu §§ 27/28 N. 19
WALDER S. 247 Anm. 4

6) STRAEULI/MESSMER zu § 39 N. 12 / zu § 188 N. 8

Ueber den Klageanspruch ist damit jedoch noch nicht entschieden worden, weshalb die Klage von der bzw. gegen die Gesamtheit der Erben neu anhängig gemacht werden kann. Die Einrede der abgeurteilten Sache kann einer neu erhobenen Klage mangels Identität der Parteien nicht entgegengehalten werden [1].

IV Streitverkündung und Nebenintervention

Wir haben gesehen, dass für Leistungsklagen direkt gegen einen einzelnen Erben vorgegangen werden kann [2]; in einen solchen Prozess wären nur der Kläger und der einzelne belangte Erbe einbezogen. Dieser einzelne Erbe hat die Möglichkeit, seinen Miterben den hängigen Streit zu verkünden, § 46 ZPO, denn die Solidarhaftung unter den Miterben gibt ihm die Möglichkeit, auf die übrigen Erben Regress zu nehmen. Für ihn ist die Streitverkündung deshalb von Nutzen, weil er sich in einem eventuell folgenden Streit um die Regressforderung von seinen Miterben nicht entgegenhalten lassen muss, er sei für eine mangelhafte Prozessführung alleine verantwortlich. Die Miterben hatten ja nach der Streitverkündung die Möglichkeit, korrigierend in den Prozess einzugreifen, falls dies notwendig gewesen war, § 47 ZPO in Verbindung mit § 45 ZPO. Aus diesem Grunde empfiehlt sich die Streitverkündung an die Miterben auf jeden Fall.

---

1) WALDER S. 145

2) Vgl. oben S. 57.

Aber auch von sich aus haben die Miterben die Möglichkeit, auf einen gegen einen einzelnen ihrer Miterben angestrengten Prozess Einfluss zu nehmen: durch die Nebenintervention, § 44 ZPO. Wegen der Solidarhaftung haben sie zu befürchten, dass auf sie Regress genommen wird, was als rechtliches Interesse im Sinne von § 44 Abs. 1 ZPO gewertet werden muss.

V Die Erbengemeinschaft im Verfahren

1) Allgemeines

Als Folge der gesamthänderischen Ausgestaltung der Erbengemeinschaft durch das materielle Recht muss diese in ihrer Gesamtheit im Prozess als notwendige Streitgenossenschaft auftreten. Da die Prozessordnungen in der Regel davon ausgehen, dass sich je eine Partei gegenübersteht, stellt der Zwang zum kollektiven Auftreten im Rahmen des Zivilprozesses eine Ausnahme dar [1]. Dies ist wohl der Grund, weshalb die meisten Prozessordnungen nur wenige oder gar keine Vorschriften über die prozessualen Wirkungen der notwendigen Streitgenossenschaft enthalten.

So auch die neue zürcherische ZPO, welche der notwendigen Streitgenossenschaft auf die einzelnen Abschnitte

---

1) Vgl. oben S. 18 f.

verteilt nur gerade fünf spezielle Paragraphen widmet, wovon lediglich deren zwei auf das Verfahren Bezug nehmen: § 39 Abs. 2 und § 42 ZPO. Letzterer kann der Systematik der ZPO entsprechend auch für die notwendige Streitgenossenschaft herangezogen werden. Dabei ist es meines Erachtens nicht so, dass diese Bestimmungen für jeden Fall der notwendigen Streitgenossenschaft gleich angewandt werden können. Wie schon festgestellt, ergibt sich diese aus dem materiellen Recht, und deshalb ist auch im Prozessverfahren von den zivilrechtlichen Bestimmungen auszugehen, aus welchen sich die Notwendigkeit zur Streitgenossenschaft im konkreten Fall ergibt. Das Beispiel von § 39 Abs. 2 ZPO zeigt dies deutlich: dem Wortlaut dieser Bestimmung entsprechend können Rechtsmittelerklärungen n i c h t von einzelnen Streitgenossen rechtsgültig abgegeben werden. Das Bundesgericht hat aber zu Recht entschieden, dass im Ehelichkeitsprozess, an welchem das Kind und die Mutter als notwendige Streitgenossen teilnehmen (Art. 253 Abs. 2 ZGB), beide für sich allein zur Berufung an das Bundesgericht legitimiert sind [1], ohne dass es sich dabei um die gesetzliche Vertretung in Dringlichkeitsfällen [2] gehandelt hätte. Bei der Erbengemeinschaft dagegen ist § 39 Abs. 2 ZPO zutreffend, was eine Folge der Rechtsform als Gesamthandsgemeinschaft ist.

Die zivilrechtlichen Bestimmungen, auf welche auch für das Verhalten im Prozess abzustellen ist, sind

---

1) BGE 82 II 1

2) Im Sinne von S. 54 ff.

für die Erbengemeinschaft die Art. 602 ff. ZGB; daneben müssen auch die allgemeinen prozessualen Grundsätze soweit als möglich herangezogen werden.

2. Einzelprobleme

a) Zustellungen

Trotz § 42 ZPO, wonach das Gericht einen gemeinsamen Zustellungsempfänger bezeichnen kann, muss m.E. vom Grundsatz ausgegangen werden, dass Zustellungen an jeden einzelnen Erben zu erfolgen haben, sofern die Erben nicht selbst durch die Bezeichnung eines gemeinsamen Vertreters darauf verzichten, oder sofern keine gesetzliche Vertretung besteht. Diese Bestimmung [1] hat meines Erachtens vor allem prozessoekonomische Bedeutung, und wohl deshalb ist die Möglichkeit der Zustellung an jeden einzelnen Streitgenossen auf ausdrückliches Verlangen hin offen gelassen worden.

b) Versäumnis

Es ist zu unterscheiden, ob alle Erben oder nur ein Teil von ihnen säumig sind.

---

1) Es scheint mir fraglich, ob diese Bestimmung im Falle der notwendigen Streitgenossenschaft vor dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, Art. 4 BV und § 56 ZPO standhielte.

Sind es alle Erben, und ist auch kein Vertreter tätig geworden, so muss ein Versäumnisurteil gegen die gesamte Erbengemeinschaft ausgefällt werden. Es können §§ 129 ff. ZPO bzw. § 154 ZPO bzw. § 207 ZPO herangezogen werden.

Sind jedoch nur einzelne Erben säumig, so kann § 39 Abs. 2 ZPO zur Anwendung kommen, wonach rechtzeitige Prozesshandlungen eines nichtsäumigen Streitgenossen auch für die säumigen wirken, ausgenommen Rechtsmittelerklärungen [1]. Auch hier muss jedoch den materiellrechtlichen Bestimmungen, welche zur notwendigen Streitgenossenschaft zwingen, Art. 602 Abs. 1 ZGB, Rechnung getragen werden [2]. Aus diesem Grunde können nicht alle Prozesshandlungen der nichtsäumigen Erben den säumigen angerechnet werden. Es darf dies nur möglich sein für solche Prozesshandlungen, welche nicht einer Verfügung über den Streitgegenstand gleichkommen wie z.B. Klageanerkennung [3], denn solche dürfen nur von der gesamten Erbengemeinschaft vorgenommen werden. Im übrigen gilt, dass kein Versäumnisurteil ausgefällt werden darf, solange mindestens e i n Erbe zum Termin erscheint, bzw. rechtzeitige Prozesshandlungen vornimmt.

Die alte zürcherische ZPO enthielt diesbezüglich eine echte Gesetzeslücke, welche m.E. durch die fingierte

---

1) In Bezug auf die Rechtsmittelerklärungen ist diese Bestimmung, wie oben S. 77/78 erwähnt, nicht für jeden Fall der notwendigen Streitgenossenschaft zutreffend.

2) Vgl. oben S. 19 f.

3) Vgl. unten S. 84 f.

Vertretung, wie sie schon die deutsche ZPO in § 62 kannte, ausgefüllt werden musste. Bei Säumnis einzelner Erben liesse sich auch für Prozesshandlungen die Vertretung durch den Nichtsäumigen in Dringlichkeitsfällen analog zu der bundesgerichtlichen Praxis [1] konstruieren. Somit musste auch für die alte ZPO gelten, dass der säumige durch den nichtsäumigen Streitgenossen (Erben) vertreten werden konnte, ebenfalls beschränkt auf Prozesshandlungen, welche nicht einer Verfügung über den Streitgegenstand gleichkommen.

Die Vornahme von Prozesshandlungen durch den nichtsäumigen Streitgenossen gemäss § 39 Abs. 2 ZPO muss deutlich unterschieden werden von der Vertretung der Erbengemeinschaft durch einen Miterben in Dringlichkeitsfällen [2], wie sie das Bundesgericht zugelassen hat. Unter Berücksichtigung der materiellrechtlichen Bestimmungen, welche zur notwendigen Streitgenossenschaft zwingen [3], berechtigt § 39 Abs. 2 ZPO wie bereits erwähnt, den nichtsäumigen Erben lediglich zu solchen Prozesshandlungen, welche nicht einer Verfügung über den Streitgegenstand gleichkommen. Im Gegensatz dazu berechtigt die Vertretung in Dringlichkeitsfällen gemäss bundesgerichtlicher Praxis den handelnden Streitgenossen (Erben) zur Vornahme sämtlicher Prozesshandlungen, jedoch unter Vorbehalt der nachträglichen Genehmigung durch die übrigen Streitgenossen.

---

1) BGE 73 II 170 / 74 II 217 / 93 II 15

2) Vgl. oben S. 52 f.

3) Vgl. oben S. 19 f.

Sowohl bei der Ausfüllung der echten Gesetzeslücke in der alten zürcherischen ZPO als auch bei der Regelung in § 39 Abs. 2 ZPO [1] wird die Vertretung fingiert. Dies hat zur Folge, dass angenommen werden muss, der säumige Erbe habe in gleicher Weise am Prozess teilgenommen, wie sein nichtsäumiger Miterbe. Insbesondere muss angenommen werden, dass gegnerische Prozesshandlungen jenes Termins auch vom säumigen Erben zur Kenntnis genommen worden sind. Der Säumige kann sich nicht darauf berufen, mit Prozesshandlungen seines nichtsäumigen Miterben nicht einverstanden zu sein; ist aber die Frist für diese betreffende Prozesshandlung noch nicht abgelaufen, ist er nicht säumig und kann seinen Standpunkt immer noch vertreten.

c) Besondere Angriffs- und Verteidigungsmittel eines einzelnen Erben

Grundsätzlich gilt, dass Behauptungen, Bestreitungen etc. eines jeden Erben als notwendiger Streitgenosse vom Gericht zu berücksichtigen sind, selbst dann, wenn sich diese widersprechen. Sich widersprechende Aussagen verschiedener Erben sind zu beachten; sie unterliegen der allgemeinen richterlichen Beweiswürdigung [2]. Es muss genügen, wenn nur ein Erbe zum Beweis antritt, umgekehrt gilt eine Sache so lange als bestritten, als auch nur ein einziger Erbe diese Bestreitung aufrechterhält [3].

---

1) STRAEULI/MESSMER, zu § 39 N. 12

2) Auch eine einzelne Person als Partei kann sich selbst widersprechen !

3) GULDENER S. 272

Daraus ergibt sich, dass einzelne Erben eigene Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen können, und dass diese innerhalb der allgemeinen richterlichen Beweiswürdigung berücksichtigt werden müssen. Dies kann zur Folge haben, dass ein genügend gewichtiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel eines einzelnen Erben durch das Urteil mit Wirkung für die gesamte Erbengemeinschaft zum Erfolg führt.

d) Rechtsnachfolge und Uebergang der Prozessführungsbefugnis im Prozess

Während eines hängigen Prozesses kann es vorkommen, dass ein Miterbe stirbt, in Konkurs gerät oder auf andere Art seine Prozessfähigkeit verliert. Im Todesfalle eines Miterben treten dessen Erben ipso iure an seine Stelle in die Erbengemeinschaft und damit auch in den hängigen Prozess ein [1) 2)]. Fällt ein Miterbe in Konkurs, so muss die Konkursverwaltung an Stelle dieses Erben treten, Art. 240 SchKG. Verliert ein Erbe im Laufe eines Prozesses die Prozessfähigkeit, so geht diese auf einen gesetzlichen Vertreter über; erlangt er dieselbe erst während der Dauer des Prozesses, so geht sie vom gesetzlichen Vertreter auf ihn über [3)].

Bis die sich nun neu ergebende Situation sich geklärt hat, muss der Prozess unterbrochen werden, denn bevor nicht die Zustimmung zur Weiterführung des Prozesses durch

---

1) Vgl. oben S. 7/8
2) SCHWAGER S. 6 f.
3) GULDENER S. 337

die neu dazugekommenen Miterben bzw. durch die neu bestimmten Vertreter oder durch die Konkursverwaltung vorliegt, fehlt den übrigen Erben die Sachlegitimation.

e) Zugeständnisse

Im Prozess mit Verhandlungsmaxime bedürfen die zugestandenen Tatsachen einer Partei keiner weiteren Beweise mehr; sie gelten als wahrhaftig und können direkt zur Urteilsbildung herangezogen werden. Wegen dieser bedeutenden Wirkung stellt sich nun die Frage, ob das Zugeständnis einzelner Erben für die gesamte Erbengemeinschaft wirkt oder ob dieses nur von allen Erben gemeinsam ausgehen kann.

Das Zugeständnis einzelner Erben kann meines Erachtens genügen, solange dasselbe nicht von anderen Miterben bestritten wird; mit anderen Worten: eine Tatsache muss solange bewiesen werden, als auch nur ein einziger Erbe dieselbe bestreitet. Immerhin kann das Zugeständnis einzelner Miterben unter dem Gesichtspunkt der freien richterlichen Urteilsbildung als Indiz im Urteil seinen Niederschlag finden.

f) Klageanerkennung, Klagerückzug und Vergleich

Diese Prozesshandlungen führen nach § 188 Abs. 2 ZPO zur Erledigung des Prozesses durch Beschluss oder Verfügung. Vor allem in der Klageanerkennung und im Klagerückzug, aber auch im Vergleich, liegt in der Regel ein Rechtsgeschäft des materiellen Rechts [1], weil

---

1) GULDENER S. 295

durch sie der materiellrechtliche Anspruch zum Teil oder ganz anerkannt, oder auf ihn verzichtet wird. Insofern liegt in diesen drei Prozesshandlungen immer eine Verfügung über den Streitgegenstand. Geht man von der zivilrechtlichen Verfügungsberechtigung aus, so liegt diese, wie schon oft festgestellt, bei der Gesamtheit der Miterben, Art. 602 Abs. 2 ZGB. Aus diesem Grunde können Klageanerkennung, Klagerückzug und Vergleich nur von der Gesamtheit der Erben übereinstimmend vorgenommen werden [1) 2)], sie bedürfen grundsätzlich der Zustimmung aller Erben [3)].

g) Kosten und Entschädigungen

Gemäss § 70 ZPO bestimmt das Gericht die Anteile der Streitgenossen an den Kosten und Entschädigungen. Es kann anordnen, dass ein Streitgenosse für den Anteil des andern ganz oder teilweise subsidiär oder solidarisch mithafte. Unterbleibt eine Aufteilung auf die Streitgenossen, so haben sie die ihnen auferlegten Kosten und Entschädigungen zu gleichen Teilen zu tragen, soweit nicht das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis Solidarhaftung begründet.

Diese weit gefasste Formulierung gibt dem Richter bei der Verteilung der Prozesskosten und -entschädigungen die

---

1) GULDENER S. 272, 295 Anmerkung 4
2) STRAEULI/MESSMER, zu § 39 N. 13
3) WALDER S. 146

Möglichkeit, dem individuellen Fall der einfachen oder notwendigen Streitgenossenschaft gerecht zu werden. Für die prozessuale Behandlung der notwendigen Streitgenossenschaft muss immer von den materiellrechtlichen Bestimmungen ausgegangen werden, aus welchen sich die Notwendigkeit zur Streitgenossenschaft ergibt [1]. Für die Erbengemeinschaft ergibt sich aus Art. 603 ZGB für Schulden des Erblassers die Solidarhaftung; die Lehre [2] und Rechtsprechung [3] haben auch die sogenannten Erbgangsschulden der Solidarhaftung unterstellt. Erbgangsschulden sind Schulden, welche der Erbengemeinschaft erst nach dem Tod des Erblassers entstanden sind, z.B. durch die Weiterführung seiner Geschäfte. Die Prozesskosten sind daher den unterliegenden Erben i.S. Art. 603 ZGB solidarisch aufzuerlegen.

Obsiegt die Erbengemeinschaft, so wird die Gegenpartei kosten- und entschädigungspflichtig und es hat jeder einzelne Erbe Anspruch auf eine angemessene Prozessentschädigung [4]. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass alle Erben als notwendige Streitgenossen - oder deren Vertreter - denselben Prozesstoff zu bearbeiten haben, was gewisse Möglichkeiten zur Arbeitsteilung bietet; daraus rechtfertigt sich eine gewisse Reduktion der Prozessentschädigungen an die einzelnen Erben [5].

---

1) Vgl. oben S. 18 f.

2) TUOR, zum ZGB, zu Art. 603 N. 7 ff.
ESCHER, zum ZGB, zu Art. 603 N. 3

3) BGE 93 II 13

4) STRAEULI/MESSMER, zu § 70 N. 1

5) ZR 67 Nr. 51

VI Urteil und Rechtskraft

Mangels spezieller Bestimmungen für die notwendige Streitgenossenschaft muss für die Urteils- und Rechtskraftwirkungen bei der Erbengemeinschaft auf die allgemeinen Bestimmungen über die Erledigung des Prozesses §§ 188 ff. ZPO zurückgegriffen werden.

Die Rechtskraft des Urteils entfaltet ihre Wirkungen unter den am Prozess beteiligten Parteien, § 191 Abs. 1 ZPO. War die gesamte Erbengemeinschaft als notwendige Streitgenossenschaft in den Prozess einbezogen, so wirkt das Urteil demnach für jeden einzelnen Erben und seine Rechtskraft erstreckt sich auf alle.

Waren jedoch nur einzelne Erben in den Prozess einbezogen, was aufgrund der Solidarhaftung gemäss Art. 603 ZGB bei Passivprozessen möglich ist [1], so entfaltet das Urteil nach den gleichen Grundsätzen nur Wirkungen unter den beteiligten Erben; die Rechtskraft erstreckt sich n i c h t auf die übrigen Mitglieder der Erbengemeinschaft. Dies hat zur Folge, dass ein Gläubiger der Erbschaft, solange er noch nicht befriedigt worden ist, nacheinander alle Erben prozessual belangen kann, ohne dass ihm die Einrede der abgeurteilten Sache, § 191 Abs. 4 ZPO, vom später belangten Erben entgegengehalten werden kann.

---

1) Vgl. oben S. 8, S. 62

Ist der Gläubiger durch einen oder mehrere Miterben befriedigt worden, so befreit dies auch die übrigen Miterben, Art. 147 Abs. 1 OR; den letzteren steht nun die für Solidarschuldverhältnisse bestehende gemeinsame Einrede der eingetretenen Befriedigung zu, Art. 145 Abs. 1 OR. Vor einer Leistung an den Gläubiger sollten daher bei den Miterben Erkundigungen eingeholt werden, ob der Gläubiger bereits befriedigt worden ist; bei Zahlung trotz bereits erfolgter Schuldentilgung kann der betreffende Erbe nur noch auf Rückerstattung der ungerechtfertigten Bereicherung klagen [1].

VII Rechtsmittel

Aus § 39 Abs. 2 ZPO ergibt sich, dass Rechtsmittel nur von allen notwendigen Streitgenossen - in unserem Falle von allen Miterben - gemeinsam eingelegt werden können. Das Beispiel des Ehelichkeitsprozesses, an welchem Mutter und Kind als notwendige Streitgenossen teilnehmen [2], zeigt aber, dass auch für Rechtsmittelerklärungen immer auf die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft im konkreten Fall abgestellt werden muss, welche sich aus dem Zivilrecht ergibt[3]. Das

---

1) TUOR, zum ZGB, zu Art. 603 N. 6

2) Vgl. oben S. 78

3) Vgl. oben S. 19 f.

Bundesgericht [1] hatte in diesem Fall nämlich entschieden, dass Mutter und Kind für sich alleine zur Berufung an das Bundesgericht legitimiert sind.

Für die Erbengemeinschaft ist es nun aber tatsächlich so, dass die Rechtsmittel grundsätzlich nur von der Gesamtheit der Erben eingelegt werden können, was sich aus deren Ausgestaltung als Gesamthandsgemeinschaft ergibt. Diesem Grundsatz entspricht auch die durch das Bundesgericht [2] als zulässig erklärte Vertretung der Erbengemeinschaft durch einen Miterben in Dringlichkeitsfällen [3], da das Bundesgericht diesem Erben eine g e s e t z l i c h e Vollmacht [4] verleiht. Durch diese gesetzliche Vertretungsbefugnis in Dringlichkeitsfällen kann der vertretende Erbe mit Wirkung für die gesamte Erbengemeinschaft handeln, d.h. es wird die Zustimmung bzw. die Interessenwahrung aller Miterben angenommen, so dass der Grundsatz des gemeinsamen Vorgehens formell gewahrt bleibt. Die Begründung, welche das Bundesgericht in seinem grundsätzlichen Entscheid 58 II 198 ff. für die Zulassung der Vertretung durch einen Miterben in Dringlichkeitsfällen gibt, scheint mir vor allem auch für die Einlegung derjenigen Rechtsmittel zulässig zu sein, welche an kurze Fristen gebunden sind, wie Berufung, § 261 Abs. 1 ZPO und Rekurs, § 276 Abs. 1 ZPO.

---

1) BGE 82 II 1
2) BGE 58 II 198, E 2, 74 II 217, 93 II 15
3) Vgl. oben S. 52 ff.
4) BGE 58 II S. 200, unten

Viertes Kapitel

DIE ERBENGEMEINSCHAFT IN ERBRECHTLICHEN STREITIGKEITEN

I Einleitung

Der grundsätzliche Unterschied zwischen einem Verfahren der Erbengemeinschaft gegen Dritte und einem solchen für erbrechtliche Streitigkeiten liegt darin, dass im ersten Falle - abgesehen von Leistungsklagen gegen die Erbengemeinschaft - dieselbe auf Grund ihrer gesamthänderischen Ausgestaltung nur als geschlossene Einheit auftreten kann. Im Falle von erbrechtlichen Streitigkeiten ist diese Einheit gewissermassen von innen her durchbrochen, indem hier die Erben gegeneinander vorgehen müssen.

In Bezug auf den Zivilprozess hat dies zur Folge, dass bei erbrechtlichen Streitigkeiten - im Gegensatz zu Streitigkeiten mit Dritten - jeder für sich alleine, oder auch mehrere nach Interessenlage gruppiert, handeln muss. Die erbrechtlichen Klagen sollen im Rahmen dieser Arbeit vor allem in Bezug auf ihre Wirkungen für die einzelnen Erben untersucht werden.

II Die Ungültigkeitsklage, Art. 519 - 521 ZGB

1. Begriff und Wesen

Mit der Ungültigkeitsklage können Personen [1], welche sich durch ein Testament oder einen Erbvertrag des Erblassers in ihren Anwartschaften verletzt fühlen, unter Berufung auf einen Ungültigkeitsgrund [2] versuchen, eine entsprechende Korrektur herbeizuführen. Es soll die an einem Ungültigkeitsgrund leidende Verfügung von Todes wegen durch die prozessuale Geltendmachung des Ungültigkeitsgrundes für ungültig erklärt werden [3], mit der Folge, dass die durch diese Verfügung entstandenen erbrechtlichen Qualifikationen (wie z.B. eingesetzter Erbe, Vermächtnisnehmer, Willensvollstrecker etc.) und die damit zusammenhängenden materiellen und ideellen Ansprüche (wie z.B. Anteil an der Erbmasse, Vermächtnis, Durchführung der Willensvollstreckung) ex tunc [4] erlöschen.

Die Ungültigkeitsklage ist eine Gestaltungsklage, denn

---

1) Art. 519 Abs. 2 ZGB: jedermann, der als Erbe oder Bedachter ein Interesse daran hat. Vgl. unten S. 96 ff.

2) Art. 519 Ziff. 1 - 3 ZGB, Art. 520 ZGB

3) ESCHER, zum ZGB, Vorbemerkungen zu Art. 519 - 520, N. 1

4) Vgl. unten S. 101 f.

durch sie soll im erwähnten Sinne ein Rechtsverhältnis neu gestaltet werden. Diese Neugestaltung erfolgt durch das richterliche Urteil, welches konstitutive Wirkung hat [1], denn ohne das Urteil kann die gewünschte Rechtsänderung nicht erreicht werden.

Die Frage nach der rechtlichen Natur der Ungültigkeit, welche die Ungültigkeitsklage beinhaltet, hat in der Lehre grosse Meinungsverschiedenheiten verursacht. Nach VON TUHR/PETER [2] ist die Verfügung von Todes wegen, welche der Ungültigkeitsklage ausgesetzt ist, zu den anfechtbaren Rechtsgeschäften zu zählen. Nach ESCHER [3], welcher den Erläuterungen folgt, liegt eine Ungültigkeit vor, welche gegenüber jedermann geltend gemacht werden kann. Ich möchte mich der Meinung von TUOR [4] anschliessen, welcher von einer besonderen Art von Anfechtbarkeit spricht, die zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit liegt, und deren Besonderheit darin liegt, dass sie jedermann gegenüber geltend gemacht werden kann.

In diesem Zusammenhang fällt der Widerspruch zu den Grundsätzen des OR auf, welches ja gemäss Art. 7 ZGB ausdrücklich auch Anwendung auf andere zivilrecht-

---

1) GULDENER S. 259

2) VON TUHR/PETER S. 232

3) ESCHER, zum ZGB, Art. 519 N. 6

4) TUOR, zum ZGB, Vorbemerkungen zu Art. 519 - 521 N. 6
TUOR/SCHNYDER, "Das schweizerische Zivilgesetzbuch" S. 355

liche Verhältnisse findet. So ist z.B. ein Vertrag mit unmöglichem oder widerrechtlichem oder unsittlichem Inhalt nichtig, Art. 20 OR, eine ebensolche letztwillige Verfügung ist jedoch nur mittels der Ungültigkeitsklage anfechtbar. Dies hat seinen Grund darin, dass für die letztwilligen Verfügungen eine eigene Natur der Ungültigkeit geschaffen wurde, eben jene von Art. 519 ff. ZGB [1].

2. Die Verjährung der Ungültigkeitsklage

Die Verjährungsbestimmungen in Art. 521 ZGB begrenzen zeitlich das Recht, durch die richterliche Ungültigerklärung der letztwilligen Verfügung eine neue, günstigere Rechtsgestaltung herbeizuführen. Der Sinn dieser Begrenzung liegt wohl darin, dass auch die an einem Mangel leidende letztwillige Verfügung einmal geheilt werden soll, wenn sie während der Verjährungsfrist trotz ihrer Mangelhaftigkeit als gültig betrachtet worden ist; sie ist also vom Grundsatz der allgemeinen Rechtssicherheit getragen.

Wie aus Art. 521 ZGB hervorgeht, muss grundsätzlich zwischen gutgläubigen und bösgläubigen Bedachten unterschieden werden:

---

1) RASCHEIN S. 3 f.

a) Der gutgläubige Bedachte

Für den gutgläubigen Bedachten, welcher durch eine an einem Mangel i.S. Art. 519 f. ZGB leidende letztwillige Verfügung bedacht worden ist, nennt Art. 521 Abs. 1 ZGB zwei Verjährungsfristen [1].

aa) Die Verjährungsfrist von einem Jahr beginnt, wenn der potentielle Kläger subjektiv von dem zur Klage berechtigenden Ungültigkeitsgrund Kenntnis erhält. Das setzt voraus, dass für ihn das zur Ungültigkeitsklage erforderliche erbrechtliche Interesse [2] besteht, und dass er Kenntnis hat von der seine Rechte beeinträchtigenden Verfügung des Erblassers und vom Bestehen eines Ungültigkeitsgrundes [3].

Wie schon bei anderer Gelegenheit festgestellt, sind gemäss Art. 7 ZGB die Vorschriften des OR auf die Verhältnisse des ZGB grundsätzlich anwendbar. Aus diesem Grunde sind auch die Unterbrechungs- und Nachfristvorschriften in Art. 134 ff. OR auf diese Verjährung der Ungültigkeitsklage anwendbar.

---

1) Dass es sich um Verjährungsfristen handelt, bestätigt TUOR, zum ZGB, Art. 521 N. 2
ESCHER, zum ZGB, Art. 521 N. 1

2) Zum erbrechtlichen Interesse vgl. unten S. 96 ff.

3) ESCHER, zum ZGB, Art. 521 N. 2
TUOR, zum ZGB, Art. 521 N. 4

ab) Die Verjährungsfrist von zehn Jahren beginnt objektiv mit dem Zeitpunkt der Eröffnung der letztwilligen Verfügung und sie wirkt absolut, d.h. nach ihrem Ablauf kann vom Recht zur Ungültigkeitsklage kein Gebrauch mehr gemacht werden [1], die an einem Ungültigkeitsgrund leidende letztwillige Verfügung gilt als geheilt.

b) Der bösgläubige Bedachte

Der Bedachte gilt dann als bösgläubig, wenn er wusste oder unter den gegebenen Umständen hätte wissen sollen[2], dass die Verfügung, aus welcher sich seine Begünstigung ergab, mit einem Ungültigkeitsgrund i.S. Art. 521 ZGB behaftet war. Dieser Verjährung unterliegen nur die Ungültigkeitsgründe der Verfügungsunfähigkeit des Erblassers, der Rechtswidrigkeit und der Unsittlichkeit, Art. 521 Abs. 2 ZGB. Ist der Bedachte in dem soeben besprochenen Sinne bösgläubig, so unterliegt die Ungültigkeitsklage gegen ihn der dreissigjährigen Verjährungsfrist.

3. Der Gerichtsstand der Ungültigkeitsklage

Der Vollständigkeit halber sei hier auf den Gerichtsstand für die Ungültigkeitsklage hingewiesen: aus

---

1) ESCHER, zum ZGB, Art. 521 N. 3

2) TUOR, zum ZGB, Art. 521 N. 10
ESCHER, zum ZGB, Art. 521 N. 7

Art. 538 Abs. 2 ZGB ergibt sich der ausserordentliche Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers.

4. Die Aktivlegitimation

a) Im Allgemeinen

Die Aktivlegitimation zur Ungültigkeitsklage ergibt sich aus Art. 519 Abs. 2 ZGB. Es wird hier jedermann als klageberechtigt bezeichnet, welcher als Erbe oder Bedachter ein Interesse daran hat, dass die Verfügung für ungültig erklärt werde. Durch diese Umschreibung ist jedoch der Kreis der Aktivlegitimierten keineswegs eindeutig festgelegt, und es war Aufgabe der Lehre und Rechtssprechung, eine genaue Definition festzulegen.

Aufschlussreich ist in dieser Hinsicht die Entstehung der Regelung in Art. 519 Abs. 2 ZGB. Der Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes berechtigte zur Ungültigkeitsklage jedermann, der an dem Nichtvorhandensein der Verfügung ein Interesse hat [1]. In den Verhandlungen des Nationalrates [2] und des Ständerates [3] wurde das allgemeine Interesse des Vorentwurfes ausdrücklich auf ein erbrechtliches reduziert.

---

1) Vorentwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes, Art. 541

2) Sten. Bull. 1905 S. 1391 ff.

3) Sten. Bull. 1906 S. 427 ff.

Die Redaktionskommission brachte diese Bestimmung dann in die heutige Form; da diese jedoch keine materiellrechtlichen Abänderungen vornehmen darf [1], ist die heutige Fassung so zu verstehen, dass grundsätzlich ein erbrechtliches Interesse [2] zur Erhebung der Ungültigkeitsklage notwendig ist.

b) Die Aktivlegitimation der Erben

Bezogen auf die Mitglieder der Erbengemeinschaft ergibt sich, dass die Erben zur Ungültigkeitsklage legitimiert sind, sofern sie ein erbrechtliches Interesse an der Ungültigerklärung der letztwilligen Verfügung haben. Dass ihr Interesse ein Erbrechtliches ist, ergibt sich in der Regel aus ihrer Eigenschaft als Erben. Im Einzelnen wird auf die Interessenlage der gesetzlichen und der eingesetzten Erben in der Folge noch näher eingegangen.

Es ist jedoch nicht so, dass sich aus der Tatsache der Mitgliedschaft in der Erbengmeinschaft ein Zwang zu gemeinsamem Vorgehen als notwendige Streitgenossen, wie beim Prozess gegen Dritte [3], ergäbe. Da es

---

1) TUOR, zum ZGB, Art. 519 N. 8

2) Kein erbrechtliches Interesse haben z.B. die Erbschaftsschuldner und -gläubiger oder die Gläubiger der Erben. Vgl. TUOR, zum ZGB, Art. 519 N. 9
ESCHER, zum ZGB, Art. 519 N. 3

3) Vgl. oben S. 18 ff.

sich hier um Fragen des Umfanges oder des Bestandes des persönlichen Erbrechtes handelt, kann jeder Erbe sein Recht zur Ungültigkeitsklage selbständig ausüben.

ba) Für die gesetzlichen Erben liegt das Interesse an der Ungültigerklärung einer letztwilligen Verfügung darin, dass durch dieselbe ihre gesetzliche Erbenstellung eingeschränkt oder ganz entzogen wird. Die Einschränkung kann darin liegen, dass durch die Einsetzung eines Willensvollstreckers die Verfügungsmacht über die Erbschaft diesem übertragen wird [1]; oder dass Nacherben oder Vermächtnisnehmer eingesetzt worden sind; oder dass durch die Einsetzung von nicht gesetzlichen Erben der Erbanteil vermindert wird. Der Entzug der Erbenstellung kann darin liegen, dass der Erbe - wenn er nicht pflichtteilsberechtigt ist - in der letztwilligen Verfügung nicht berücksichtigt worden ist, oder dass er auf Grund eines Willensmangels enterbt worden ist.

bb) Für die eingesetzten Erben liegt das Interesse an der Ungültigerklärung einer letztwilligen Verfügung darin, dass ihre durch eine erste Verfügung erlangte Erbenqualität durch eine spätere Verfügung wieder eingeschränkt wird, oder ganz entfällt, weil die Erbeinsetzung zum Teil oder ganz widerrufen, oder einfach nicht mehr erwähnt wird. Durch die Un-

---

1) Vgl. oben S. 37 ff.

gültigerklärung dieser späteren Verfügung würde die erstere wieder aufleben, und so die gefährdete Erbenqualität der durch sie eingesetzten Erben wieder herstellen.

5. Die Passivlegitimation

a) Im Allgemeinen

Die Passivlegitimation zur Ungültigkeitsklage ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz der Passivlegitimation bei Gestaltungsklagen, wonach diejenigen passiv legitimiert sind, deren Interessen durch die Neugestaltung des Rechtszustandes unmittelbar geschädigt werden. In unserem Falle also diejenigen, welche an der Aufrechterhaltung der an einem Ungültigkeitsgrund i.S. von Art. 519 f. ZGB leidenden Verfügung interessiert sind, weil sie aus derselben, zum Nachteil des Klägers, erbrechtliche Vorteile ziehen [1]. Diese Vorteile sollen durch die Ungültigerklärung wieder rückgängig gemacht werden [2]. Es kann sich also ergeben, dass gleichzeitig mehrere passiv Legitimierte vorhanden sind, und es steht den aktiv Legitimierten frei, alle oder auch nur einzelne von ihnen ins Recht zu fassen. Aus Gründen der Rechtskraftwirkung [3] ist es jedoch ratsam, gegen alle passiv Legitimierten Klage zu erheben.

---

1) TUOR, zum ZGB, Art. 519 N. 11

2) ESCHER, zum ZGB, Art. 519 N. 4

3) Vgl. unten S. 102 ff. Gemeint ist die in der Schweiz geltende inter-partes-Rechtskraft.

b) Die Passivlegitimation der Erben

Bezogen auf die Erbengemeinschaft ergibt sich, dass vor allem die eingesetzten, aber auch die gesetzlichen Erben, passiv legitimiert sein können. In beiden Fällen ist das von ihnen zu verteidigende Interesse eindeutig ein direkt erbrechtliches, was sich aus ihrer Erbeneigenschaft ergibt, welche bis zum Entscheid über die Ungültigkeit noch besteht.

ba) Die eingesetzten Erben sind passiv legitimiert, weil der erbrechtliche Vorteil, den sie aus der ungültigen Verfügung ziehen, wieder rückgängig gemacht werden soll durch die Ungültigerklärung derselben.

bb) Die gesetzlichen Erben sind nur im Falle einer Enterbung eines anderen gesetzlichen und pflichtteilsberechtigten Erben durch die anzufechtende Verfügung passiv legitimiert. Soll nämlich die letztwillig verfügte Enterbung ungültig erklärt werden, so würden die gesetzlichen Erben um die Quote des nun wieder auflebenden Erbrechtes des ungültig Enterbten in ihren Erbteilen geschmälert. Aus diesem Grunde haben sie ein Interesse an der Aufrechterhaltung der letztwillig verfügten Enterbung.

6. Die Beweislast

Aus Art. 8 ZGB ergibt sich der Grundsatz, dass der

jenige eine Tatsache zu beweisen hat, welcher aus ihr Rechte ableitet. Da für die Ungültigkeitsklage in Art. 519 ff. ZGB keine speziellen Beweisregeln aufgestellt worden sind, ist grundsätzlich derjenige zum Beweis verpflichtet, welcher an der Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung interessiert ist und durch deren Ungültigerklärung somit Rechte ableiten will. Das bedeutet, dass der Kläger die Beweise für das Vorliegen der Ungültigkeitsgründe i.S. Art. 519 und 520 ZGB erbringen muss.

7. Urteil und Rechtkraft

a) Zeitpunkt der Wirkung

Nach vorherrschender Meinung in der Lehre [1] soll die rechtsändernde Wirkung des Ungültigkeitsurteils auf den Zeitpunkt des Erbfalles zurückbezogen werden, d.h. es wirkt ex tunc. Der Grund liegt darin, dass es bei der ex-nunc-Wirkung zu Unbilligkeiten kommen kann, welche bei der ex-tunc-Wirkung vermieden werden können.

So wäre bei der ex-nunc-Wirkung z.B. ein gesetzlicher Erbe, dessen Erbteil mit einer anfechtbaren Verfügung belastet ist, schlechter gestellt, als ein gesetzlicher Erbe, dessen Erbteil unbelastet ist, auch wenn die belastende Verfügung nachträglich auf Grund einer Ungültigkeitsklage als ungültig erklärt wird. Im ersten

---

1) TUOR, zum ZGB, Art. 519 N. 16
STEINER S. 89
HERZOG S. 81 ff.
WELTI S. 86

Falle könnte der gesetzliche Erbe über seinen Erbteil erst vom Zeitpunkt der Fällung des Ungültigkeitsurteils an frei verfügen, während im zweiten Falle der gesetzliche Erbe dies bereits vom Zeitpunkt des Erbfalles an tun kann. Dies wird dadurch verhindert, dass im ersten Falle die ungültig erklärte Verfügung als nie bestanden betrachtet wird; was im Irrtum über das Bestehen einer solchen ungültigen Verfügung bezahlt worden ist, kann zurückgefordert werden, weil dies für den Empfänger eine Bereicherung aufgrund eines nachträglich wegfallenden Grundes ist [1].

b) Die Wirkung in persönlicher Hinsicht

Nach der Beurteilung der Ungültigkeitsklage durch den Richter ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen der feststellenden Funktion des die Ungültigkeitsklage abweisenden Urteils und der gestaltenden Funktion des Urteils, das die Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung anerkennt [2].

ba) Die feststellende Funktion des abweisenden Urteils.

Indem die Ungültigkeitsklage abgewiesen wird, wird am bisherigen Rechtszustand festgehalten. Dies erfolgt durch die Feststellung, dass in Bezug auf die in Frage stehende letztwillige Verfügung kein Grund zur Neugestaltung der Rechtslage besteht [3]. Diese Feststellung soll zweifellos nur unter den am Ungültigkeitsprozess beteiligten Parteien Wirkung

---

1) MUELLER S. 98

2) FENKART S. 121
HELLWIG "System des deutschen Zivilprozessrechtes" § 17 und § 105

3) GULDENER S. 257

entfalten; die Ungültigkeitsklage soll von jedem anderen Aktivlegitimierten neu erhoben werden können, da auch neue Ungültigkeitsgründe ins Feld geführt werden können.

bb) Die gestaltende Funktion des anerkennenden Urteils.
Indem die Ungültigkeitsklage gutgeheissen wird, wird festgehalten, dass das Gestaltungsrecht in Bezug auf die in Frage stehende letztwillige Verfügung tatsächlich besteht, und durch das konstitutiv wirkende Urteil wird die Rechtsänderung vollzogen.

Die heute vorherrschende Meinung über die Wirkung des die Ungültigkeit anerkennenden Urteils scheint in der Schweiz von der Haltung des Bundesgerichtes geprägt zu sein. Dieses hat in einheitlicher Praxis [1] die Ansicht vertreten, dass ein solches Urteil in personeller Hinsicht nur auf die am Prozess beteiligten Parteien wirken soll. Es begründet seinen Standpunkt mit dem Fehlen einer entsprechenden Bestimmung im Gesetz [2] und mit allgemeinen prozessualen Grundsätzen der Rechtskraft [3]; in späteren Entscheiden [4] hat es lediglich auf die Feststellungen der früheren verwiesen.

---

1) BGE 40 II 192 / 44 II 116 / 57 II 152 / 81 II 36
2) BGE 44 II 117
3) BGE 57 II 152
4) BGE 78 II 183 lit. b, 81 II 36

Unter dem Einfluss der konstanten Praxis des Bundesgerichtes haben die Kommentatoren TUOR [1] und ESCHER [2] in den letzten Ausgaben ihrer Kommentare ihre Standpunkte demjenigen des Bundesgerichtes angeglichen. Wie es scheint, ohne grosse Ueberzeugung, denn in den früheren Auflagen hatten sie jeweils noch die Ansichten vertreten und auch begründet [3] [4], das Ungültigkeitsurteil wirke für und wider jedermann, habe als ultra-partes-Wirkung. Vereinzelt hatten sich vor allem auch ältere Autoren der damaligen Ansicht der Kommentatoren angeschlossen.

Im Gegensatz zu der heute vorherrschenden Meinung der intra-partes-Wirkung des Ungültigkeitsurteiles, bin ich der Ansicht, dass eine Unterscheidung getroffen werden muss, welche sich aus den Ungültigkeitsgründen ergibt. Meines Erachtens ist zu unterscheiden zwischen r e l a t i v e n und a b s o l u t e n Ungültigkeitsgründen.

bba) Die relativen Ungültigkeitsgründe sind meines Erachtens diejenigen von Art. 519 Ziff. 2 und 3 ZGB. Geht man davon aus, dass eine letztwillige Verfügung ein einheitlicher Rechtsakt ist, bestehend aus verschiedenen Teilverfügungen zugunsten

---

1) TUOR, zum ZGB, Vorbemerkungen zu Art. 519 - 521 N. 6b

2) ESCHER, zum ZGB, Art. 519 N. 6

3) TUOR, Kommentar zum Erbrecht, 1. Auflage, Bern 1929 zu Art. 519 N. 14/15

4) ESCHER, Kommentar zum Erbrecht, 2. Auflage, Zürich 1937 zu Art. 519 N. 6

von verschiedenen Personen, dann ist es möglich, dass nur in Bezug auf einzelne Teilverfügungen Willensmängel (Ziff. 2) oder unsittliche bzw. rechtswidrige Bedingungen vorhanden sind (Ziff. 3). In Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 OR und in Analogie zu Art. 520 Abs. 2 ZGB kann man nun sagen, dass die letztwillige Verfügung nur in Bezug auf diese Teilverfügungen ungültig ist. Daraus ergibt sich, dass nur die aus diesen Teilverfügungen Begünstigten passiv legitimiert sein können. Die Rechtskraft dieses Ungültigkeitsurteiles könnte sich auf alle potentiell Passivlegitimierten aus solchen Teilverfügungen erstrecken. Man könnte von einer beschränkten ultra-partes-Wirkung sprechen, weil sich einerseits alle zur Ungültigkeitsklage Berechtigten auf dieses Urteil berufen könnten, und weil sich andererseits nur diejenigen das Urteil entgegenhalten lassen müssten, welche mittels einer solchen "relativ ungültigen" Teilverfügung bedacht worden sind.

Wenn aber die gesamte letztwillige Verfügung mit einem Willensmangel oder einer rechtswidrigen bzw. unsittlichen Bedingung behaftet ist, dann muss das Urteil darüber auch absolut, d.h. ultra partes, wirken. Die Begründung dafür erfolgt im nachfolgenden Abschnitt.

bbb) Die absoluten Ungültigkeitsgründe sind meines Erachtens diejenigen von Art. 519 Ziff. 1 ZGB und von Art. 520 Abs. 1 ZGB, denn diese

erstrecken sich zwangsläufig auf die gesamte Verfügung (mangelnde Verfügungsfähigkeit, Formmangel). Daraus ergibt sich die bereits besprochene, generelle Aktiv- [1] und Passivlegitimation [2], und die Rechtskraft des Urteils muss sich auf alle potentiell Aktiv- und Passivlegitimierten erstrecken, d.h. es muss absolut, ultra partes wirken.

Dies ergibt sich meines Erachtens aus folgenden Gründen:

- Wie bereits festgestellt worden ist, ist die Ungültigkeitsklage eine Gestaltungsklage [3], und das die Ungültigkeit feststellende Urteil ist in Folge dessen ein Gestaltungsurteil. Gestaltungsurteile wirken aber ihrer Natur nach gegenüber jedermann, ultra partes [4].

- In seiner Argumentation ruft das Bundesgericht allgemeine Prozessgrundsätze an [5], und meint damit wohl, dass ein Urteil im Zivilprozess grundsätzlich nur für die an demselben beteiligten Parteien wirkt. Dabei wurde scheinbar

---

1) Vgl. oben S. 97
2) Vgl. oben S. 99
3) Vgl. oben S. 91/92
4) GULDENER S. 318
5) BGE 57 II 152

nicht berücksichtigt, dass die Ungültigkeitsklage eine Gestaltungsklage ist, und dass das die Ungültigkeit fesstellende Urteil ein Gestaltungsurteil ist mit den oben erwähnten Wirkungen. Mit der Praxis des Bundesgerichtes scheint auch GULDENER [1] nicht einverstanden zu sein.

Tatsächlich wird ja auch bei anderen Gestaltungsurteilen die neue Rechtslage absolut, mit Wirkung für jedermann, neu gestaltet. So z.B. bei der Auflösung eines Vereins, Art. 78 ZGB; bei der Auflösung einer Stiftung, Art. 88 f. ZGB; bei der Auflösung einer einfachen Gesellschaft, Art. 545 Ziff. 7 OR und den übrigen Gesellschaften des OR. In all diesen Fällen wird durch die Ausübung des Gestaltungsrechtes durch einen Einzelnen - bei Gutheissung seiner Klage - für alle übrigen Beteiligten durch das Konstitutivurteil die Rechtslage neu gestaltet, ohne dass sie am Prozess beteiligt gewesen wären.

- Ein weiterer allgemeiner prozessualer Grundsatz ist derjenige der Prozessökonomie, welcher ebenfalls berücksichtigt werden müsste. Durch die geltende intra-partes-Wirkung können für dieselbe letztwillige Verfügung mehrere Ungültigkeitsklagen zu verschiedenen Zeiten anhängig gemacht werden, was eine objektive Klage-

---

1) GULDENER S. 319, Anmerkung 70 b

häufung ausschliesst. Dies, weil einzelne potentiell aktiv Legitimierte es vielleicht versäumt haben, sich an einer früheren Ungültigkeitsklage zu beteiligen, bzw. weil nicht alle potentiell passiv Legitimierten beklagt worden sind. Dieser Nachteil kann verhindert werden, indem durch die ultra-partes-Wirkung die Ungültigkeit absolut festgestellt wird.

- Es gibt keine Gesetzesbestimmung, welche die intra-partes-Wirkung statuiert. In einer früheren Begründung für die intra-partes-Wirkung geht das Bundesgericht davon aus, dass das Gesetz keine Bestimmung enthält, welche die ultra-partes-Wirkung statuiert [1]. Demgegenüber ist jedoch zu sagen, dass es ebensowenig eine Bestimmung gibt, welche die intra-partes-Wirkung statuiert.

- Die letztwillige Verfügung des Erblassers stellt, wie bereits erwähnt, einen einheitlichen Rechtsakt dar, bestehend aus verschiedenen Einzelverfügungen, und es ist nicht einzusehen, weshalb dieser Rechtsakt, welcher an einem absoluten Ungültigkeitsgrund in oben erwähntem Sinne [2] leidet, für die einen ungültig sein soll und für andere wiederum nicht.

---

1) BGE 44 II 117

2) Mangelnde Verfügungsfähigkeit des Erblassers, Art. 519 Ziff. 1 ZGB, oder Formmangel, Art. 520 Abs. 1 ZGB

III Die Herabsetzungsklage, Art. 521 - 533 ZGB

1. Begriff und Wesen

Das Erbrecht des ZGB ist in Bezug auf die Verfügungsfreiheit des Erblassers (Art. 470 ff. ZGB) vom germanisch-deutschrechtlichen System beeinflusst, wonach das Vermögen des Erblassers schon zu Lebzeiten seiner Familie verfangen ist [1]. Dies hat zur Folge, dass ein Erblasser, der direkte Nachkommen, Eltern, Geschwister, einen Ehegatten (Art. 471 Ziff. 1 - 4 ZGB), oder Angehörige i.S. von Art. 472 ZGB hinterlässt, nur bis zur Höhe der Pflichtteile dieser Erben über sein Vermögen frei verfügen kann. Verletzt der Erblasser diese Pflichtteile, so haben die Pflichtteilsberechtigten die Möglichkeit, mittels der Herabsetzungsklage eine Korrektur herbeizuführen. Insofern ist die Herabsetzungsklage das prozessuale Gegenstück zum materiellrechtlichen Pflichtteilsrecht.

Mit der Herabsetzungsklage soll die richterliche Hilfe zur Modifizierung übermässiger Verfügungen des Erblassers angerufen werden, in dem Sinne, dass die Verfügung auf ein das Pflichtteilsrecht nicht mehr verletzendes Mass herabgesetzt werden soll. Aus diesem Grunde geht sie nur so weit, als durch die letztwillige Verfügung eine Pflichtteilsverletzung vorliegt.

---

1) ROESLI S. 1, Anmerkung 1

Sie richtet sich gegen eine gültige Verfügung und lässt die erbrechtlichen Qualifikationen [1] - im Gegensatz zur Ungültigkeitsklage - grundsätzlich unangetastet [2] [3]. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass eine Rückleistung an den Pflichtteilsberechtigten nicht immer im vollen Umfange erfolgen kann und muss, denn gemäss Art. 528 ZGB ist der Gutgläubige zur Rückleistung nur insoweit verpflichtet, als er noch bereichert ist.

Auch wenn hier nur eine Herabsetzung der Verfügung auf ein das Pflichtteilsrecht nicht mehr verletzendes Mass erreicht werden soll, so soll damit doch eine Rechtsänderung herbeigeführt werden, weshalb es sich bei der Herabsetzungsklage um eine Gestaltungsklage [4] handelt, und die Rechtsänderung erfolgt durch das richterliche Urteil, welches konstitutive Wirkung hat [5].

Wohl aus demselben Grunde wie bei der Ungültigkeitsklage [6] unterliegt die Herabsetzungsklage der Verjährung, weshalb die Verjährungsbestimmungen, Art. 533 ZGB, hier sehr ähnlich geregelt sind wie dort. Die einjährige Verjährungsfrist beginnt, wenn der in seinem Pflichtteil Verletzte subjektiv von dieser Verletzung Kenntnis er-

---

1) Vgl. oben S. 91

2) ESCHER, zum ZGB, Einleitung zu Art. 522 - 533, N. 3

3) VITAL S. 191

4) ESCHER, zum ZGB, Einleitung zu Art. 522 - 533 N. 14
TUOR, zum ZGB, Vorbemerkungen zu Art. 522 ff.N. 8

5) GULDENER, S. 259

6) Vgl. oben S. 93 ff.

halten hat, also frühestens mit dem Erbgang [1]; die zehnjährige Verjährungsfrist beginnt objektiv mit dem Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung. Im Unterschied zur Ungültigkeitsklage kennt die Herabsetzungklage keine spezielle Verjährung für den Fall der Bösgläubigkeit des übermässig Bedachten.

2. Der Gerichtsstand der Herabsetzungsklage

Aus Art. 538 Abs. 2 ZGB ergibt sich der ausserordentliche Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers.

3. Die Aktivlegitimation

Zur Anhebung der Herabsetzungsklage sind die pflichtteilsberechtigten Erben und die Konkursverwaltung oder die Verlustscheingläubiger eines pflichtteilsberechtigten Erben aktiv legitimiert, sofern tatsächlich eine Verletzung ihrer Pflichtteile vorliegt. Die Aktivlegitimation der Konkursverwaltung bzw. der Verlustscheingläubiger ergibt sich aus Art. 524 Abs. 1 ZGB und dient dem Schutze der Gläubiger von Erben, welche vielleicht gerade im Hinblick auf die zu erwartende Erbschaft Kredit erhalten haben [2].

---

1) ESCHER, zum ZGB, Art. 533 N. 2
TUOR, zum ZGB, Art. 533 N. 5

2) Dieser Fall ist ähnlich gelagert wie Art. 578 ZGB, vgl. oben S. 43

Im Rahmen dieser Arbeit interessiert jedoch vor allem die Aktivlegitimation der pflichtteilsberechtigten Erben, welche sich aus Art. 522 Abs. 1 ZGB ergibt. Zu ihren Gunsten kennt das materielle Recht den Pflichtteilsschutz, weshalb grundsätzlich nur sie aktivlegitimiert sind [1].

Wie oben erwähnt, ist die Herabsetzungsklage das prozessuale Gegenstück zum materiellen Pflichtteilsrecht; es müssen also diejenigen Personen zur Herabsetzungsklage berechtigt sein, zu deren Gunsten der Pflichtteilsschutz statuiert worden ist [2]. Grundsätzlich ist daher der Kreis der potentiell Aktivlegitimierten mit dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten (Art. 471 ZGB) identisch. Damit die Aktivlegitimation im Einzelfalle auch gegeben ist, muss eine tatsächliche Pflichtteilsverletzung vorliegen, was dann der Fall ist, wenn ein Pflichtteilserbe wertmässig nicht seinen vollen Pflichtteil erhält.

Sind mehrere Erben in ihren Pflichtteilen verletzt worden, so kann jeder für sich Einzelklage erheben; sie können sich aber auch zur einfachen Streitgenossenschaft [3] zusammenschliessen, § 40 ZPO.

---

1) Die Aktivlegitimation der Konkursverwaltung bzw. der Verlustscheingläubiger stellt in diesem Sinne eine Ausnahme dar.

2) ENGELOCH S. 10

3) TUOR, zum ZGB, Vorbemerkung zu Art. 522 ff. N. 18

4. Die Passivlegitimation

a) Im Allgemeinen

Wie schon erwähnt, ist die Herabsetzungsklage eine Gestaltungsklage, weshalb auch hier bei der Frage der Passivlegitimation nach denjenigen Personen zu suchen ist, deren Interessen durch die eventuell erfolgende Neugestaltung der Rechtslage unmittelbar geschädigt werden. Es sind demnach diejenigen passivlegitimiert, zu deren Gunsten der Erblasser pflichtteilsverletzende Verfügungen [1] getroffen hat [2]; diese sollen nun durch die Herabsetzungsklage beschnitten werden.

Einige Verwirrung scheint die bundesrätliche Botschaft vom 28.5.1904 gestiftet zu haben [3]. Nach ihr [4] soll vor der Teilung der Erbschaft die Erbengemeinschaft, nach der Teilung der Besitzer der Erbschaftssachen passiv legitimiert sein. Dies kann aus verschiedenen Gründen nicht zutreffend sein; es sei hier

---

1) Nebst Verfügungen von Todes wegen, Art. 522 Abs. 1 ZGB, können dies auch solche unter Lebenden sein, Art. 527 ZGB.

2) ROESLI S. 33

3) Vgl. ESCHER, zum ZGB, erste Auflage, wo er der Meinung des Bundesrates noch zustimmt, dann aber in der zweiten und dritten Auflage diese Meinung aufgibt.
VITAL S. 188

4) S. 54 der bundesrätlichen Botschaft vom 28.5.1904

nur auf die beiden meines Erachtens wichtigsten Argumente hingewiesen [1]:

- In Bezug auf die Erbengemeinschaft kann die Botschaft nicht zutreffend sein, weil die pflichtteilsberechtigten Erben, welche ja grundsätzlich alle zur Herabsetzungsklage aktiv legitimiert sind, ebenfalls Mitglieder der Erbengemeinschaft sind, was zu einer Vereinigung der Rollen der Beklagten und Kläger führen würde.

- In Bezug auf den Besitz an Erbschaftssachen nach der Teilung ist sie unzureichend, weil die der Herabsetzung unterliegenden Objekte z.B. durch Schenkung oder Kauf bereits in den Besitz Dritter übergegangen sein kann, und diese Drittbesitzer nicht passivlegitimiert sind.

Es kann also gesagt werden, dass - entgegen der bundesrätlichen Botschaft - die Tatsache, ob die Teilung der Erbschaft stattgefunden hat oder nicht, in Bezug auf die Passivlegitimation keinen Einfluss hat.

---

1) Ausführliche Kritik an dieser bundesrätlichen Botschaft üben:
TUOR, zum ZGB, Vorbemerkungen zu Art. 522 ff N. 24 ff.
ENGELOCH S. 24 f.

b) Die Passivlegitimation der Erben

Bezogen auf die Erbengemeinschaft ergibt sich, dass sowohl gesetzliche als auch eingesetzte Erben passiv legitimiert sein können. Unter den gesetzlichen Erben haben die pflichtteilsberechtigten eine besondere Stellung: sie sind nur so weit passiv legitimiert, als sie durch die Verfügung des Erblassers m e h r erhalten haben, als was ihr Pflichtteil ausmacht. Die Herabsetzungsklage dient ja dem Schutze des Pflichtteilsrechtes, und die Respektierung der Pflichtteile ist in diesem Sinne nicht als freie Verfügung des Erblassers zu betrachten.

c) Die Notwendigkeit zur Streitgenossenschaft im Falle mehrerer passiv Legitimierter

Aus den Art. 523 und 525 Abs. 1 ZGB ergibt sich, dass wenn Zuwendungen an mehr als einen nicht pflichtteilsberechtigten Bedachten gemacht worden sind, diese proportional zur Höhe jeder einzelnen Zuwendung herabgesetzt werden [1]. Es muss also in Bezug auf alle nicht pflichtteilsgeschützten Verfügungen des Erblassers - abgesehen von der Höhe der Herabsetzung - im gleichen Sinne entschieden werden. Es bedeutet aber auch, dass

---

1) TUOR, zum ZGB, Art. 523 N. 2
ESCHER, zum ZGB, Art. 523 N. 2
TUOR/SCHNYDER, "Das schweizerische Zivilgesetzbuch" S. 370

zwingenderweise alle nicht-pflichtteilsgeschützten Begünstigten passiv legitimiert sein müssen, denn ihre Begünstigung ist in dieser Höhe nur möglich, weil die Pflichtteile der pflichtteilsberechtigten Erben verletzt worden sind.

Die grundsätzliche Feststellung, dass herabgesetzt werden muss, trifft daher alle diejenigen, welche nicht pflichtteilsgeschützte Zuwendungen erhalten haben in gleichem Masse, weshalb auch alle potentiell Betroffenen im Streit um die Herabsetzung erfasst werden müssen. Aus diesem Grunde muss eine Zusammenfassung zur notwendigen Streitgenossenschaft gemäss § 39 ZPO erfolgen. Daraus ergibt sich die Konsequenz, dass wenn nicht alle Begünstigten aus nicht-pflichtteilsgeschützten Verfügungen mit der Herabsetzungsklage erfasst werden, diesen die Einrede mehrerer Streitgenossen zusteht [2]. [1]

5. Die Beweislast

Da der Gesetzgeber für die Herabsetzungsklage keine speziellen Beweisregeln aufgestellt hat, ergeben sich gemäss Art. 8 ZGB folgende Beweispflichten:

---

1) Vgl. oben S. 74 ff.

2) In gleichem Sinne:
TUOR, zum ZGB, Vorbemerkungen zu Art. 522 ff. N. 31
ENGELOCH S. 122

a) Die Beweislast des Klägers

Wie oben festgestellt, tritt der pflichtteilsberechtigte Erbe (bzw. seine Verlustscheingläubiger oder die Konkursverwaltung, Art. 524 Abs. 1 ZGB) als Kläger auf. Aufgrund der allgemeinen Beweisregeln hat er folgendes zu beweisen:

- Den Erbfall, was mittels der Zivilstandsurkunden einfach zu beweisen ist.

- Seine Eigenschaft als pflichtteilsberechtigter Erbe, was mit dem Berufungsgrund als gesetzlicher Erbe zusammenhängt. Diese Eigenschaft als direkter Nachkomme, Elternteil, Geschwister oder als Ehegatte (Art. 471 Ziff. 1 - 4 ZGB), ist ebenfalls mittels der Zivilstandsurkunden zu beweisen.

- Die Tatsache, dass der Erblasser seine Verfügungsbefugnis überschritten hat, und dass dem Werte nach [1] der Pflichtteil verletzt worden ist. Die Höhe der Pflichtteile wird aus dem Vermögen des Erblassers berechnet, weshalb auch Angaben über dessen Vermögenslage gemacht werden müssen.

---

1) Art. 522 Abs. 1 ZGB statuiert die Anrechnungspflicht, wonach alle Vermögenswerte, welche letztwillig und unter Lebenden i.S. von Art. 527 ZGB verfügt worden sind, zusammen den Pflichtteil ausmachen.
TUOR, zum ZGB, Art. 522 N. 5

In diesem Zusammenhang muss insbesondere auch bewiesen werden, dass pflichtteilsverletzende Verfügungen unter Lebenden gemäss Art. 527 und 529 ZGB getroffen worden sind; oder dass eine Ueberbelastung der Pflichtteile durch Nutzniessung und Renten gemäss Art. 530 ZGB vorliegt.

- Die Passivlegitimation der Beklagten, welche sich - wie oben festgestellt - aus dem Zwang zur Herabsetzung aller nicht-pflichtteilsgeschützter Verfügungen i.S. Art. 523 und 525 Abs. 1 ZGB ergibt. Der in diesen Bestimmungen erhaltene Zwang zur notwendigen Streitgenossenschaft der potentiell Passivlegitimierten erleichtert dem Kläger den Beweis der Passivlegitimation: einerseits sind alle nicht-pflichtteilsgeschützten Begünstigten passivlegitimiert, andererseits aber auch die pflichtteilsgeschützten Erben in dem Umfange, als sie mehr erhalten haben, als was ihr Pflichtteil ausmacht.

b) Die Beweislast der Beklagten

Ueberträgt man die Beweisregeln von Art. 8 ZGB auf die Beklagtenseite, so ergeben sich in Bezug auf die Herabsetzungsklage nur folgende Beweispflichten:

- Will ein Beklagter das Wahlrecht gemäss Art. 562 ZGB geltend machen (Ungeteilte Sache gegen Vergütung

des Mehrbetrages oder den verfügbaren Betrag, wenn eine einzelne vermachte Sache nur unter Werteinbusse geteilt werden kann), so muss er den Beweis dafür erbringen, dass durch die Teilung eine Schädigung des Wertes dieser Sache eintreten wird.

- Ist in Bezug auf das Verhältnis der Herabsetzung ein spezieller Wille [1] des Erblassers gemäss Art. 525 Abs. 1 ZGB nicht ohne weiteres erkenntlich, so hat natürlich der Beklagte das Bestehen eines solchen zu beweisen.

- Hat ein Beklagter eine Zuweisung des Erblassers auf Grund eines Erbvertrages auf Gegenleistung erhalten und will er diese Gegenleistung i.S. Art. 528 Abs. 2 ZGB in Verrechnung bringen, so muss er den Beweis für diese Gegenleistung, insbesondere für deren Höhe, erbringen. Dadurch kann eine entsprechende [2] Minderung des Herabsetzungsanspruches des Pflichtteilsberechtigten erreicht werden.

6. Urteil und Rechtskraft

a) Die Bedeutung des Urteils

Durch das die Herabsetzungsklage gutheissende Urteil

---

1) Gemeint ist hier der "andere Wille des Erblassers" in Art. 525 Abs. 1 ZGB. Vgl. dazu auch TUOR, zum ZGB, Art. 525 N. 5

2) TUOR, zum ZGB, Art. 528 N. 23
ESCHER, zum ZGB, 528 N. 12

ist das Pflichtteilsrecht des Klägers noch nicht wieder hergestellt; dieses gibt ihm aber direkt die Möglichkeit, die Wiederherstellung zu verlangen [1]. Sind Vermögenswerte, welche die Pflichtteile verletzen, bereits auf die nicht-pflichtteilsberechtigten Bedachten übergegangen - durch Verfügung unter Lebenden oder durch bereits erfolgte Erbteilung - so hat der Kläger nun einen mit dem Urteil auflebenden Forderungsanspruch [2]. Befinden sich die Vermögenswerte noch in der ungeteilten Erbmasse, so gibt das Urteil dem Kläger das Recht, sich bei der Teilung, den Quoten des Urteils gemäss, seinen Pflichtteil zu verschaffen.

b) Der Zeitpunkt der Wirkung

Wie bereits erwähnt, ist die Herabsetzungsklage eine Gestaltungsklage, und die Neugestatlung der Rechtslage tritt durch das konstitutiv wirkende richterliche Urteil in Kraft [3]. Dies bedeutet, dass der Forderungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten erst durch das die Herabsetzungsklage gutheissende Urteil

---

1) STEINER S. 48
TUOR, zum ZGB, Art. 528 N. 1
ESCHER, zum ZGB, Einleitung zu Art. 522 ff., N. 15

2) Ueber die Natur des Rückforderungsanspruches haben sich verschiedene Meinungen entwickelt. Eine Untersuchung darüber würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Vgl. die verschiedenen Meinungen von:
TUOR, zum ZGB, Art. 528 N. 2 ff.
ESCHER, zum ZGB, Art. 528 N. 1 ff.
ROESLI S. 109 ff.
ENGELOCH S. 101 ff.

3) Vgl. oben S. 109 f.

entsteht. Diesem wird jedoch rückwirkende Kraft verliehen, bezogen auf den Zeitpunkt des Erbfalles, d.h. das Urteil wirkt ex tunc [1].

c) Die Wirkung in persönlicher Hinsicht

Auch für die Herabsetzungsklage ist - wie schon bei der Ungültigkeitsklage [2] - grundsätzlich zu unterscheiden zwischen der feststellenden Funktion des die Herabsetzungsklage abweisenden Urteils und der gestaltenden Funktion des den Herabsetzungsanspruch anerkennenden Urteils [3]. Im vorliegenden Falle hat diese Unterscheidung jedoch nicht dieselben weitreichenden Konsequenzen wie bei der Ungültigkeitsklage. In Bezug auf die Rechtskraft gibt es hier keinen Unterschied, ob die Klage gutgeheissen oder abgewiesen wird, das Urteil wirkt nur auf die am Prozess beteiligten Parteien, inter partes.

Auf Seiten der potentiell aktiv Legitimierten wirkt das Urteil nur für den Kläger, die übrigen pflichtteilsberechtigten Erben können sich nicht auf das

---

1) TUOR, zum ZGB, Vorbemerkungen zu Art. 522 ff.N. 10
ESCHER, zum ZGB, Einleitung zu Art. 522 N. 14

2) Vgl. oben S. 102

3) FENKART S. 121

ergangene Urteil stützen, auch wenn die sie treffenden Pflichtteilsverletzungen durch dieselbe Verfügung entstanden sind [1]. Sie können daher einen neuen Herabsetzungsprozess anstrengen, ohne dass ihnen von Seiten der passiv Legitimierten die Einrede der abgeurteilten Sache entgegengehalten werden kann.

IV Die Erbteilungsklage

1. Abgrenzung

Wenn das ZGB von der Teilung der Erbschaft spricht, so ist darunter nicht immer dasselbe zu verstehen. Es ist zu unterscheiden zwischen Teilungshandlungen im weiteren und solchen im engeren Sinne [2]. Die ersteren sind solche, welche die Auflösung der Erbengemeinschaft zur Folge haben, die letzteren solche, welche die unmittelbare Verteilung der Erbanteile an die Erben regelt.

Dem Inhalt des grösstmöglichen Rechtsanspruches aus Art. 604 Abs. 1 ZGB entsprechend, ist hier von derjenigen Klage die Rede, welche auf die totale Auflösung der Erbengemeinschaft ausgerichtet ist.

---

1) Das Urteil gilt auch nur für diejenigen Verlustscheingläubiger i.S. Art. 524 Abs. 1 ZGB, welche am Herabsetzungsprozess beteiligt gewesen waren, die anderen müssen einen neuen Prozess anstrengen.

2) STOKAR S. 14

Es ist jedoch auch möglich, die Erbengemeinschaft nur in Bezug auf einzelne Erben "aufzulösen", indem diese nach Aussonderung ihres Anteils aus derselben ausscheiden. Man spricht in diesem Falle von der subjektiv beschränkten Erbteilung. Werden nur einzelne, bestimmte Sachen aus der Erbschaft an alle Miterben verteilt, bleibt die Erbengemeinschaft in Bezug auf die restlichen Erbschaftssachen jedoch bestehen, so spricht man von einer objektiv beschränkten Erbteilung [1]. Von den Klagen auf subjektiv oder objektiv beschränkte Erbteilungen ist hier jedoch nicht die Rede.

2. Begriff und Wesen der Erbteilungsklage

Wie schon dargelegt [2], ist der Zweck der Erbengemeinschaft darauf ausgerichtet, sich selbst aufzulösen, um die Anteile am Gesamtvermögen in das persönliche Eigentum der einzelnen Erben überzuführen, denn in der Verteilung des Nachlasses unter die Berechtigten erfüllt sich der vom Erbrecht erstrebte Zweck [3]. Der Gesetzgeber hat dem dadurch Rechnung getragen, dass er jedem Miterben das Recht einräumte, zu beliebiger Zeit die Teilung der Erbschaft zu verlangen, Art. 604 Abs. 1 ZGB. Damit wurde das notwen-

---

1) Zur subjektiv- und objektiv beschränkten Erbteilung vgl. ANNEN S. 61 ff.

2) Vgl. oben S. 5/6

3) HECHT in ZSR 69, S. 379

dige Gegenstück zur ipso-iure-Entstehung der Erbengemeinschaft geschaffen: durch Art. 602 Abs. 1 ZGB werden die Erben zur Gesamthandsgemeinschaft gezwungen, und sie können über ihren Anteil am Gesamthandsvermögen (Erbschaft) nicht verfügen; Art. 604 ZGB gibt den Erben die Möglichkeit, sich dem Zwang zur Gemeinschaft zu entledigen und ihren Anteil am Gesamtvermögen in ihr persönliches Vermögen überzuführen.

Dem Recht, die Teilung der Erbschaft verlangen zu können, steht die daraus erwachsende Pflicht gegenüber, die Teilung gegen den eigenen Willen durchführen lassen zu müssen. Sind aber trotzdem einzelne oder mehrere Erben nicht Willens, zur Teilung Hand zu bieten, so muss gegen sie mit der Teilungsklage vorgegangen werden.

Der Begriff der Erbteilungsklage oder Teilungsklage ist im ZGB selbst in der deutschen Fassung [1] nicht erwähnt, lediglich in Art. 538 wird der Gerichtsstand für diese Klage statuiert. Es ist aber selbstverständlich, dass hinter dem Recht in Art. 604 Abs. 1 ZGB, die Teilung zu verlangen, eine Sanktion stehen muss, für den sicherlich häufigen Fall, dass gegen die Teilung opponiert wird. Diese Sanktion besteht

---

1) Anders jedoch in der französischen und italienischen Textausgabe, wo die Marginalien zu Art. 604 "Action en Partage" bzw. "Azione in Divisione" lauten.

eben darin, dass die teilungswilligen Erben gegen ihre nichtwilligen Miterben mittels der Erbteilungsklage die richterliche Hilfe zur Durchsetzung ihres Erbanspruches anrufen können.

Die Erbteilungsklage wurde im Laufe der Zeit von der Lehre [1] und Rechtssprechung [2] als Gestaltungsklage anerkannt, denn durch die richterliche Teilung werden die Rechtsverhältnisse der Erbengemeinschaft neu gestaltet: diese wird aufgelöst, und die Anteile am Gesamtvermögen werden in das individuelle Eigentum der einzelnen Erben übergeführt. Dieselbe Neugestaltung der Rechtslage könnte auch durch die vertragliche Teilung herbeigeführt werden, dies wäre jedoch vom Konsens aller Miterben abhängig.

3. Doppelseitige Klage oder Widerklage ?

Nachdem die Erbteilungsklage gegen die nichtteilungswilligen Miterben erhoben worden ist, können diese sich, den allgemeinen Prozessgrundsätzen entsprechend, in ihrer Klageantwort dazu äussern und ihrerseits Gegenbegehren stellen. Es stellt sich nun die Frage, ob diese Gegenbegehren als Widerklage zu betrachten sind

---

1) STOKAR S. 48
HECHT in ZSR 69, S. 389
JOST S. 38

2) Z.B. BGE 69 II 366 ff. E. 4

und in entsprechender Form erhoben werden müssen, oder ob solche Gegenbegehren im Rahmen des Erbteilungsprozesses möglich sind, weil diese als sogenannte doppelseitige Klage aufzufassen ist.

a) Die Erbteilungsklage als Widerklage i.S. § 60 ZPO

Die Widerklage ist die im Prozess des Klägers vom Beklagten gegen den Kläger erhobene Klage [1], und um dieselbe erheben zu können, müssen folgende Voraussetzungen [2] erfüllt sein:

- Die Hauptklage, welche zur Widerklage Anlass gegeben hat, muss schon oder noch anhängig sein.

- Die Widerklage muss vom Beklagten der Hauptklage gegen den Kläger derselben erhoben werden, d.h. es stehen sich personell die gleichen Parteien gegenüber.

- Haben die Parteien der Hauptklage nicht denselben Gerichtsstand, so muss zwischen der Hauptklage und der Widerklage ein rechtserheblicher Zusammenhang bestehen (Konnexität).

---

1) GULDENER S. 261

2) STRAEULI/HAUSER, zu § 94 N. 2
STRAEULI/MESSMER, zu § 60 N. 5

- Für beide Klagen muss dieselbe Verfahrensart vorgesehen sein.

Von diesen Voraussetzungen her gesehen scheint es möglich und zulässig, dass die Beklagten im Erbteilungsprozess ihre Gegenbegehren in Form einer Widerklage anbringen. Dies hat jedoch den Nachteil, dass diese Widerklage formell erhoben werden muss. Der Vorschlag von KEHL [1], Anträge des Beklagten einfach als Widerklage zu betrachten, scheint mir aufgrund der allgemeinen Formstrenge im Zivilprozess nicht annehmbar zu sein. Auch wäre der Richter, würde man die Begehren als Hauptklage und Widerklage betrachten, an dieselben gebunden und könnte entsprechend der Dispositionsmaxime nichts anderes zusprechen, § 54 Abs. 2 ZPO. Der einzige Vorteil der Widerklage läge darin, dass trotz des Rückzuges der Hauptklage der Teilungsprozess wegen der noch bestehenden Widerklage seinen Fortgang nehmen müsste, denn durch den Rückzug der Hauptklage ist die Widerklage noch nicht erledigt, § 60 Abs. 2 ZPO.

Es besteht auch die Meinung [2], dass die Gegenbegehren dann in Form einer Widerklage eingebracht werden müssen, wenn die Erbteilungsklage als Hauptklage ganz be-

---

1) KEHL in SJZ 48, S. 38

2) VON WYSS S. 26
STRAEULI/MESSMER, zu § 94 N. 3 (e contrario)

stimmt formuliert ist und konkrete Anträge enthält [1].

b) Die Erbteilungsklage als doppelseitige Klage

Im Gegensatz zur Widerklage ist die doppelseitige Klage in keiner Prozessordnung statuiert. Sie wurde von der Lehre und Rechtssprechung entwickelt und ergibt sich aus dem materiellen Recht dann, wenn bestimmte einzelne Rechtsverhältnisse [2] vor dem Richter nicht anders abgeändert werden können, als dadurch, dass jede Partei gleichzeitig die Rolle des Beklagten und des Klägers einnimmt, weil das Rechtsbegehren des Klägers keinen bestimmten Inhalt haben muss [3]. Ein weiteres Charakteristikum liegt darin, dass eine einzige Klage vorliegt, zu welcher die Parteien in wechselnden Parteirollen stehen, im Gegensatz zur Widerklage, wo zwei verschiedene Klagen und in der Regel auch zwei verschiedene Streitgegenstände vorliegen.

Daraus ergibt sich, dass hier der Beklagte ohne förmliche Erhebung einer Widerklage seinerseits Anträge stellen kann. Dies äussert sich im Urteil, wo z.B. auch demjenigen etwas zugesprochen wird, welcher sich

---

1) Zum Problem der Anträge vgl. unten S. 128 ff.

2) Z.B. Klagen auf Grenzregulierung, Eigentums- und - wie hier - Erbschaftsteilungen.
Vgl. STRAEULI/HAUSER, zu § 94 N. 3

3) STRAEULI/MESSMER, zu § 100 N. 5

gar nicht auf den Prozess eingelassen hat [1].

Bei der Erbteilungsklage ist es nun tatsächlich so, dass die beklagten Miterben ihrerseits ihre Ansprüche an der Erbmasse geltend machen können und daher auch entsprechende anderslautende Gegenanträge stellen können. Dadurch liegen in Bezug auf dieselbe Streitsache (Erbmasse) verschiedene, sich widersprechende Anträge vor, welche der Richter aufgrund seiner speziellen Stellung im Erbteilungsprozess [2] beurteilen muss.

In der Lehre, vor allem für den Kanton Zürich [3], herrscht die Meinung vor, dass die Erbteilungsklage eine doppelseitige Klage sei [4], zumindest dann, wenn sie als Hauptklage keine konkreten Anträge beinhaltet, sondern ganz allgemein die Teilung der Erbschaft verlangt.

4. Die Voraussetzungen für die Erbteilungsklage

a) Bestehen einer Erbengemeinschaft

Logischerweise kann es nur dann zu einem Streit um

---

1) STRAEULI/MESSMER, zu § 54 N. 11

2) Vgl. unten S. 138 ff.

3) STRAEULI/HAUSER, zu § 90 N. 3
STRAEULI/MESSMER, zu § 60 N. 3

4) GULDENER S. 126
JOST S. 39 f.
STOKAR S. 49 f.

die Teilung kommen, wenn eine Mehrheit von Erben vorhanden ist, welche in Bezug auf die einzelnen Gegenstände der Erbschaft verschiedene Ansprüche stellen. Im Begriff der Erbteilungsklage ist somit eingeschlossen, dass eine Erbengemeinschaft besteht.

b) Bekanntsein aller Miterben

Bevor die Teilung - sowohl durch Vertrag als auch durch den Richter - vorgenommen werden kann, müssen alle Berechtigten an der Erbmasse bekannt sein, damit überhaupt bestimmt werden kann, wieviele wie grosse Anteile zu bilden sind. Es handelt sich hier um die Fälle von Art. 554 Ziff. 2 ZGB (Unsicherheit über das Vorhandensein eines Erben) und Ziff. 3 (nicht Bekanntsein aller Erben); es muss hier die amtliche Erbschaftsverwaltung [1] angeordnet werden.

c) Vorhandensein einer Erbschaft

Genauso wie eine Mehrheit von Berechtigten vorhanden sein muss, damit von einer Teilung die Rede sein kann, muss ein Substrat vorhanden sein, das geteilt werden kann, die Erbmasse. In der Regel wird diese Erbmasse überwiegend aus Aktiven bestehen, so dass die Erben aus der Teilung einen Vermögenszuwachs ziehen. Es scheint mir aber auch denkbar, dass die Teilung einer Erbmasse verlangt wird, welche überwiegend aus Passiven besteht.

---

1) Vgl. oben S. 32 ff.

Art. 610 Abs. 3 ZGB gibt jedem Erben das Recht, vor der Teilung die Tilgung oder Sicherstellung von Schulden des Erblassers zu verlangen. Besteht nun ein entsprechender Antrag, so kann nur das zur Teilung gelangen, was nach Abzug aller sicherzustellenden Schulden übrigbleibt [1].

d) Abwesenheit von Teilungshinderungsgründen

Die Erbteilungsklage kann nicht erhoben werden, wenn Gründe bestehen, welche eine Teilung vorerst noch nicht zulassen. Solche Gründe liegen vor, wenn:

- der Teilungsanspruch durch die Miterben vertraglich wegbedungen worden ist, was zur sogenannten fortgesetzten Erbengemeinschaft führt [2] [3]

- der Erblasser durch eine entsprechende letztwillige Verfügung [4] für eine gewisse Zeit eine Verschiebung der Teilung anordnet [5]

- durch das Gesetz die Teilung verschoben wird, Art. 605 Abs. 1 ZGB. Hier wird auf das Vorhandensein ei-

---

1) TUOR, zum ZGB, Art. 610 N. 6
ESCHER, zum ZGB, Art. 610 N. 5

2) Dazu ausführlicher MOOR S. 2 ff.

3) Es kann hier nur die fortgesetzte Erbengemeinschaft in Frage kommen. Nach einer Ueberführung in eine andere Rechtsform (z.B. Kollektivgesellschaft) ist eine Teilung gemäss Art. 604 ZGB nicht mehr möglich.

4) Im Sinne von Art. 608 ZGB

5) Ausführlicher TUOR, zum ZGB, Art. 604 N. 8
ESCHER, zum ZGB, Art. 604 N. 8

nes noch nicht geborenen Erben Rücksicht genommen, was sich wiederum aus Art. 544 Abs. 1 ZGB ergibt, wonach ein gezeugtes, noch nicht geborenes Kind unter Vorbehalt, dass es lebendig geboren wird, erbfähig ist [1].

- eine richterliche Verfügung vorliegt, welche die Teilung vorübergehend aufschiebt, Art. 604 Abs. 2 ZGB. Der Richter kann auf ein begründetes Begehren eines oder mehrerer Erben die Teilung verschieben, wenn diese im geforderten Zeitpunkt einen erheblichen Schaden zur Folge hätte [2].

5. Der Gerichtsstand der Erbteilungsklage

Für die Erbteilungsklage gilt, wie für alle erbrechtlichen Streitigkeiten, der ausserordentliche Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers, Art. 538 Abs. 2 ZGB.

6. Die Aktivlegitimation

Die Frage nach der Aktivlegitimation beurteilt sich grundsätzlich nach Art. 604 Abs. 1 ZGB, wonach jeder

---

1) Vgl. oben S. 12/13

2) STOKAR S. 41

Miterbe zu beliebiger Zeit die Teilung der Erbschaft verlangen kann, soweit er nicht durch Vertrag oder Gesetz zur Gemeinschaft verpflichtet ist. Demnach sind alle eingesetzten und gesetzlichen Erben zur Klage legitimiert, und sie können - jeder für sich, oder mehrere zusammen - die Erbteilungsklage gegen die nicht-teilungswilligen Miterben erheben. Sie sind nicht gezwungen, gemeinsam in einer notwendigen Streitgenossenschaft vorzugehen, jedoch steht einem Zusammenschluss zur einfachen Streitgenossenschaft i.S. § 40 ZPO nichts entgegen.

In einem neueren Entscheid [1] hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein Erbteilungsanspruch gegen einen Miterben von allen übrigen Erben in notwendiger Streitgenossenschaft verfolgt werden muss, mit der Begründung, dass nur so erreicht werden kann, dass das Urteil gegenüber allen Erben gleiches Recht schafft. Demgegenüber ist jedoch zu sagen, dass gemäss Art. 604 Abs. 1 ZGB der Teilungsanspruch jedem einzelnen Erben selbständig zusteht. Die Erschwerung, welche im geforderten Zusammenschluss zur notwendigen Streitgenossenschaft liegt, scheint mir deshalb unzulässig zu sein. Abgesehen davon kann auch durch die einfache Streitgenossenschaft allen Klägern gegenüber glei-

---

1) BGE 100 II 441 E. 1

ches Recht geschaffen werden [1].

Gemäss Lehre [2] und Rechtssprechung [3] ist aber auch die Behörde i.S. Art. 609 Abs. 1 ZGB zur Erbteilungsklage aktivlegitimiert. Dem Wortlaute von Art. 604 Abs. 1 ("Jeder Miterbe ...") und von 609 Abs. 1 ZGB ("... bei der Teilung mitwirken") scheint die Aktivlegitimation der Behörde nicht gegeben zu sein. Damit die angerufene Behörde jedoch ihrer Aufgabe im Interesse der Erbengläubiger i.S. von Art. 609 Abs. 1 ZGB zweckdienlich nachkommen kann, ist es notwendig, dass sie vollumfänglich in die Rechte und Pflichten des verschuldeten Erben eintritt, im Hinblick auf die Teilung [4]. Dies hat zur Folge, dass der Behörde auch das Recht zur Anhebung der Erteilungsklage eingeräumt werden muss [5].

7. Die Passivlegitimation

Passiv legitimiert sind alle diejenigen Miterben [6], welche sich einer Erbteilung widersetzen. Diejenigen Erben, welche sich derselben nicht widersetzen wol-

---

1) JOST S. 52

2) Z.B. TUOR, zum ZGB, Art. 609 N. 11
CANOVA S. 53

3) BGE 63 II 232 ff.

4) Vgl. oben S. 16/17

5) JOST S. 57/58
TUOR, zum ZGB, Art. 604 N. 2
ESCHER, zum ZGB, Art. 604 N. 3

6) Nicht die Erbengemeinschaft und auch nicht die Behörde i.S. Art. 609 ZGB, denn diese hat ja kein Interesse, sich der Erbteilung zu widersetzen.

len, diese aber auch nicht aktiv unterstützen wollen, können sich durch eine entsprechende Erklärung dem richterlichen Urteil unterwerfen und müssen so auch auf der Beklagtenseite nicht am Erbteilungsprozess teilnehmen. Dies kommt einem Verzicht auf den Eintritt in den Prozess gleich [1].

Umstritten ist die Frage, ob im Falle einer Mehrheit von passiv Legitimierten, sich dieselben zu einer notwendigen Streitgenossenschaft zusammenschliessen müssen [2]. Bei der Beurteilung dieser Frage ist davon auszugehen, dass sich die notwendige Streitgenossenschaft immer aus dem materiellen Recht ergibt [3], und dieses sieht in Art. 602 Abs. 2 ZGB vor, dass die Miterben unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse über die Rechte der Erbschaft gemeinsam verfügen. Wie schon früher [4] festgestellt, entspricht die Geltendmachung von Ansprüchen im Prozess einer Verfügung über dieselben. Im Gegensatz zur Aktivlegitimation in Art. 604 ZGB gibt es für die Passivlegitimation jedoch keine Bestimmung, welche ein Abweichen vom Grundsatz in

---

1) STRAEULI/HAUSER, zu § 39 N. 2 (S. 90)

2) Für die notwendige Streitgenossenschaft:
JOST S. 63
OVARI S. 99
Dagegen: TROLLER in ZSR 60, S. 109 ff.

3) Vgl. oben S. 18 ff.

4) Vgl. oben S. 71 ff.

Art. 602 Abs. 2 ZGB statuiert. Daraus ergibt sich, dass für die Beklagtenseite im Erbteilungsprozess die notwendige Streitgenossenschaft zwingend gegeben ist. Das Bundesgericht hat in konstanter Rechtssprechung [1] an diesem Grundsatz festgehalten.

8. Das Rechtsbegehren

Für die Formulierung des Rechtsbegehrens ist von der Bestimmung auszugehen, die das Recht statuiert, zu dessen Schutz die richterliche Hilfe angerufen wird [2]. Für die Erbteilungsklage ist dies Art. 604 Abs. 1 ZGB.

Im weitesten Rahmen muss es demnach möglich sein, das Begehren dem Wortlaut und Sinn dieser Bestimmung entsprechend zu formulieren, indem die Teilung der Erbschaft und die Zuweisung seines Anteiles an den Kläger gefordert wird [3]. Denn der Sinn von Art. 604 ZGB erschöpft sich nicht in der Teilung als solcher, sondern erst in der Ueberführung der Anteile in das individuelle Eigentum der Erben.

---

1) BGE 86 II 455 E. 3 / 90 II 4 E. 1

2) In diesem Sinne GULDENER S. 26

3) In diesem Sinne auch TUOR, zum ZGB, Art. 604 N. 4, wenn er ausführt, dass das Klagebegehren sich nach dem materiellen Recht richtet.

Da eine Teilung nur dann möglich ist, wenn die zu teilende Masse im vollen Umfange bekannt ist, schliesst das Begehren auf Teilung und Zuweisung auch die vorgängige Feststellung der gesamten Erbschaft in sich.

Jede weitere Konkretisierung des Rechtsbegehrens ist zulässig und auch von Vorteil. Zum Beispiel, indem die Feststellung des Nachlasses, die Vornahme der Teilung nach einem bestimmten, vorgelegten Teilungsplan, und die Zuweisung seines Anteiles an den Kläger gefordert wird [1]. Liegt eine letztwillige Verfügung mit Teilungsvorschriften des Erblassers vor, so muss das Rechtsbegehren entsprechend diesen Teilungsvorschriften formuliert werden, denn diese sind zwingend, Art. 608 ZGB.

In diesem Sinne hat das Bundesgericht [2] auch entschieden, dass das kantonale Recht es zulassen könne, dass vor kantonalen Instanzen einfach die Feststellung und Teilung des Nachlasses beantragt werde. Es setzt somit für das Rechtsbegehren der Erbteilungsklage einen sehr weiten Rahmen. Der Grund mag unter anderem auch darin liegen, dass der Richter bei der Beurteilung der Erbteilungsklage eine besondere Stel-

---

1) STOKAR S. 53

2) BGE 75 II 256 f.

lung einnimmt [1], was zur Folge hat, dass die Dispositionsmaxime keine oder nur noch eine stark abgeschwächte Geltung hat [2].

Bei einer Berufung an das Bundesgericht ist jedoch nicht vom materiellen Recht auszugehen, sondern von den Voraussetzungen, welche das OG für dieselbe vorsieht. Art. 55 lit. b OG verlangt genaue Angaben, welche Punkte des kantonalen Entscheides angefochten werden, und was für Aenderungen beantragt werden. Aus diesem Grunde ist es erforderlich, das Rechtsbegehren der Berufung an das Bundesgericht genau zu konkretisieren [3].

Für den Kanton Zürich entsprechen die Anforderungen an die Konkretisierung des Rechtsbegehrens für die Erbteilungsklage denjenigen des Bundesgerichts: es genügt, wenn die Feststellung und die Teilung der Erbschaft verlangt wird.

9. Die Stellung des Richters im Erbteilungsprozess

Im Erbteilungsprozess nimmt der Richter eine spezielle Stellung ein, welche sich von derjenigen in ande-

---

1) Vgl. unten S. 139 ff.
2) GULDENER S. 126
3) BGE 75 II 256 f.

ren Zivilprozessen unterscheidet. Der Grund liegt darin, dass die Erbteilungsklage eine doppelseitige Klage ist [1], weshalb jeder Partei gleichzeitig Kläger- und Beklagtenrolle zukommt. Der Kanton Zürich hat für diesen speziellen Fall - im Gegensatz zu anderen Kantonen [2] - keine speziellen prozessualen Normen aufgestellt, weshalb von den allgemeinen Prozessgrundsätzen auszugehen ist. Diese sind, soweit notwendig, zu modifizieren, denn es geht hier um die Verwirklichung von Bundesrecht, vor welchem kantonales Prozessrecht weichen muss. Damit die Erbteilung prozessual durchgeführt werden kann, können die Verhandlungsmaxime und die Dispositionsmaxime nicht in ihrer ganzen Konsequenz eingehalten werden.

Wie eingangs dieses Abschnittes über die Erbteilungsklage festgestellt, soll mittels derselben die richterliche Hilfe zur Durchsetzung des Erbteilungsanspruches jedes einzelnen Erben erreicht werden. Daraus ergibt sich, dass dem Richter wegen der Uneinigkeit innerhalb der Erbengemeinschaft die Aufgabe zufällt, die Teilung der Erbschaft so weit durchzuführen [3], dass die klagenden Erben ein vollstreckbares

---

1) Vlg. oben S. 120 f.

2) Graubünden: EG zum ZGB, Art. 104 - 108
Neuenburg: § 252 ff. ZPO / Genf: § 530 ff. ZPO
Tessin: § 503 ff. ZPO / Waadt: § 682 ZPO

3) BGE 75 II 256 f. / 78 II 408 ff.

Urteil erhalten. Die Vollstreckung obliegt dann - falls notwendig - den dazu vorgesehenen Organen; die Aufgabe des Richters erschöpft sich in der Feststellung bzw. Neugestaltung der Rechtslage [1].

Zur Erfüllung dieser Aufgabe muss der Richter in erster Linie das zu teilende Substrat ermitteln; er muss feststellen, welche Gegenstände der Erbschaft sich wo befinden und welchen Wert sie haben [2]. Eine Annäherung an die Offizialmaxime ist hier deshalb notwendig.

Der nächste Schritt ist die Bildung von Losen. Hier zeigt es sich, dass die Dispositionsmaxime, § 54 Abs. 2 ZPO, durchbrochen werden muss, indem der Richter einem Erben oft etwas anderes zusprechen muss, als was dieser gefordert hatte. Wenn z.B. mehrere Erben Anspruch auf dieselbe Erbschaftssache erheben, so kann diese nur einem zugesprochen werden, die anderen Erben erhalten aber trotzdem etwas; wenn sich der klagende Erbe in der Berechnung seiner Quote irrte, welche er in das Rechtsbegehren einbezogen hatte, so kann ihm der Richter auch mehr zusprechen, als er ursprünglich verlangt hatte. Auch in dieser Phase des Verfahrens ist noch einmal eine Durchbrechung der

---

1) GULDENER S. 43

2) TUOR, zum ZGB, Art. 604 4 f.

Verhandlungsmaxime möglich und notwendig, indem der Richter in analoger Anwendung von Art. 611 Abs. 2 ZGB [1], von Amtes wegen den Ortsgebrauch, die persönlichen Verhältnisse und die Wünsche der Mehrheit der Erben ermitteln muss.

10. Urteil und Rechtskraft

Entsprechend dem Rechtsbegehren der allgemeinen Teilungsklage hält das Teilungsurteil die den einzelnen Erben zustehenden Quoten und deren Zuteilung fest. Es entspricht der doppelseitigen Natur der Erbteilungsklage, dass unter Umständen alle Parteien zu gegenseitigen Leistungen verurteilt werden können, weil alle befriedigt werden müssen, und eventuell schon im Besitze von Erbschaftssachen sind, welche nun anderen Miterben ausgehändigt werden müssen.

Dementsprechend erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils auf die gesamte Erbengmeinschaft, auch auf diejenigen Erben, welche nicht aktiv am Prozess teilgenommen hatten, sondern sich durch eine entsprechende Erklärung zuvor dem richterlichen Urteil unterworfen hatten [2].

---

1) JOST S. 89
HECHT in ZSR 69, S. 394

2) STRAEULI/HAUSER, zu § 39 N. 2 (S. 90)

Durch das Urteil werden - entsprechend der Funktion des Gestaltungsurteils - die vermögensrechtlichen Verhältnisse unter den Miterben in Bezug auf die Erbschaft neu und definitiv geregelt und der Uebergang aus dem Gesamteigentum in das individuelle Eigentum der einzelnen Erben angeordnet [1]. Die Vollstreckungsorgane können erst aufgrund dieses konstitutiv wirkenden Urteils tätig werden; ihre Aufgabe besteht darin, den Erben nach Eintritt der Rechtskraft den Besitz an den ihnen zustehenden Erbschaftssachen zu verschaffen.

---

1) Entsprechend dem Zweck der Erbengemeinschaft. Vgl. oben S. 5 f.
HECHT in ZSR 69, S. 379

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

ANNEN O.: Objektiv und subjektiv beschränkte Teilung der Erbengemeinschaft, Diss. Fribourg 1939

BAECHI M.: Das Wahlrecht des überlebenden Ehegatten nach Art. 462 Abs. 1 ZGB, Diss. Zürich 1965

BRACHER H.J.: Der Willensvollstrecker im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1966

BURCKHARDT W.: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1931

CANOVA O.: Die amtliche Mitwirkung bei der Erbteilung gemäss Art. 609 ZGB, Diss. Zürich 1947

EGGER A.: Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 3. Abt.: Die Vormundschaft (Art. 360-456) 2. Auflage, Zürich 1948

ENGELOCH W.: Die Herabsetzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss. Bern 1920

ESCHER V.A.: Kommentar zum Zivilgesetzbuch, das Erbrecht
Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 3. Auflage, Zürich 1959
Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640 ZGB), 3. Auflage, Zürich 1960

FENKART J.: Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1925

FLEINER F. / GIACOMETTI Z.: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, ZH 1949

GUIDON O.: Das Erbrecht des Gemeinwesens, Diss. Zürich 1916

GUGGENHEIM R.: Die Rechtstellung des provisorischen Erben nach dem Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1929

GULDENER M.: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1958

HECHT W.: Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruches in ZSR 69, S. 379

HELLWIG K.: System des deutschen Zivilprozessrechtes, Leipzig 1919

HERZOG K.: Die Ungültigkeitsklage wegen Formmangels bei Testamenten, Diss. Basel 1947

HOLENSTEIN P.: Die prozessuale Stellung des gesetzlich über Drittrechte Verfügungsberechtigten, Diss. Zürich 1975

HUBER E.: Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB des EJPD

JOST A.: Die Aktivlegitimation des Miterben zu erbrechtlichen Klagen, in SJZ 46, S. 149

KEHL R.: Das Rechtsbegehren bei der Erbteilungsklage, in SJZ 48, S. 38

KUMMER M.: Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954

LEMP P.: Das Familienrecht, Kommentar zu Art. 159-251 ZGB, 3. Aufl., Bern 1963

MEYER-HAYOZ A.: Das Sachenrecht, Kommentar zu Art. 641-654 ZGB, 4. Aufl., Bern 1966

MUELLER G.: Die Ungültigkeitsklage bei den Verfügungen von Todes wegen, Diss. Zürich 1929

MOOR D.: Die fortgesetzte Erbengemeinschaft, Diss. Basel 1971

OVARI J.: Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess mit besonderer Berücksichtigung der notwendigen Streitgenossenschaft, Diss. Basel 1963

PARAVICINI E.: Die Gemeinschaft unter Miterben, Diss. Basel 1931

RASCHEIN R.: Die Ungültigkeitsklage der Verfügungen von Todes wegen, Diss. Bern, 1954

RIEMER H.M.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 3. Abteilung, 3. Teilband, die Stiftungen, Art. 80-89 bis ZGB, Bern 1975
Zitiert: RIEMER: zum ZGB ...

ROSENBERG L./SCHWAB K.H.: Zivilprozessrecht, 11. Auflage München 1974

ROESLI A.: Herabsetzungsklage und Ausgleichung im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1935

SCHICKER W.: Die Rechtstellung des nach Art. 602 Abs. 3 ZGB für eine Erbengemeinschaft ernannten Vertreters, Diss. Zürich 1949

SCHREIBER A.: Die Rechtstellung des Willensvollstreckers nach ZGB, Diss. Basel 1928

SCHURTER E. / FRITSCHE H.: Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Band 1, Zürich 1924/33

SCHWAGER P.: Die Nachfolge in den Zivilprozess infolge Erbganges, Diss. Zürich 1957

STEINER J.: Das Erfordernis des richterlichen Urteils für die Ungültigkeitsklage oder Herabsetzung von Verfügungen von Todes wegen, Diss. Fribourg 1938

STRAEULI H. / HAUSER W.: Zürcherische Rechtspflegegesetze II, Gesetz betr. den Zivilprozess, 2. Aufl., Zürich 1939

STRAEULI H. / MESSMER G.: Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Gesetz über den Zivilprozess vom 13.6.1976, Zürich 1976

VON TUHR A. / PETER H.: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechtes, Band 1, 1. Lieferung 1974

TROLLER A.: Die Prozessführungsbefugnis des Miterben gegenüber Dritten und Miterben, in ZSR 60, Band 1

TROTT J.: Ueber die Sicherung der Erbschaftsgläubiger und der Erbengläubiger nach dem ZGB, in ZSR 32, S. 396 ff

TUOR P. / PICENONI V.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 3, das Erbrecht, 2. Aufl., Bern 1964, zitiert TUOR zum ZGB

TUOR P.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. Aufl., Zürich 1973

TUOR P. / SCHNYDER B.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1973

VITAL H.L.: Die Verfügungsfreiheit des Erblassers nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Bern 1915

WALDER H.U.: Der neue Zürcher Zivilprozess, Zürich 1977

WELTI M.: Willensmängel bei den Verfügungen von Todes wegen, Diss. Bern 1928

VON WYSS K.: Die Widerklage, mit besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Zivilprozessgesetze, Diss. Zürich 1906

A B K U E R Z U N G E N

BGE	Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BV	Bundesverfassung
EG	Einführungsgesetz
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1976
SchKG	Bundesgesetz betr. Schuld, Betreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich 1904 ff.
VO	Verordnung
ZGB	Schweiz. Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
aZPO	Gesetz betr. den Zivilprozess vom 13. April 1913, Kanton Zürich
ZPO	Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, Kanton Zürich

ZPR	Zivilprozessrecht
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basel 1852 ff., N.F. 1882 ff.

LEBENSLAUF

Geboren am 7. Juni 1948 in Zürich, aufgewachsen in Uetikon am See und St. Moritz, besuchte ich nach der Primar- und Sekundarschule das Lyceum Alpinum in Zuoz, wo ich 1969 mit der Handelsmaturität abschloss. Nach einjähriger kaufmännischer Tätigkeit und einem Auslandaufenthalt immatrikulierte ich mich im Sommersemester 1971 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich im Mai 1975 die Lizenziatsprüfung ablegte und am 12. Juli 1978 zum Doktor beider Rechte promovierte.